

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Natural y Filosofía del Derecho



TESIS DOCTORAL

Protección procesal y derechos fundamentales en la España del siglo XIX

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

José Manuel Romero Moreno

Madrid, 2015

TP
1982
036-I

José Manuel Romero Moreno



x-53-18484-S

PROTECCION PROCESAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ESPAÑA
DEL SIGLO XIX
TOMO I

Departamento de Derecho Natural y Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
1982



BIBLIOTECA

© José Manuel Romero Moreno
Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía
Noviciado, 3 Madrid-8
Madrid, 1981
Xerox 9200 XB 480
Depósito Legal: M-36677-1981

PROTECCION PROCESAL Y DERECHOS
FUNDAMENTALES EN LA ESPAÑA DEL
SIGLO XIX.-

- Tesis doctoral de José Manuel ROMERO MORENO.
- Dirigida por el Prof. Dr. D^a Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ CORTES
- Presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Curso 1.980-81

- I -

El trabajo que se presenta a continuación necesita unas palabras previas de explicación y agradecimiento.

La primera se refiere, como se ampliará más tarde, a la finalidad metódica perseguida. Se trata de establecer una reflexión sobre datos empíricos específicamente jurídicos. Por esa razón, que esperamos haber dejado justificado en las páginas siguientes, los principales instrumentos de trabajo han sido materiales legislativos y documentación histórico-jurídica. Aquellos se han extraído de las Colecciones legislativas citadas a lo largo del trabajo. La documentación, del inagotable filón de las actas de las sesiones de las Cortes (1.810-1.906) en sus 387 volúmenes publicados por el Congreso entre 1.870 y 1.906. A su lado los demás elementos de consulta son auxiliares y complementarios.

El agradecimiento se dirige fundamentalmente a las personas de los Catedráticos de Filosofía del Derecho Prof. Ruiz Giménez (director de la tesis) y de Asís Garrote (a cuyo amistoso magisterio debo ya tantas cosas), y al Prof. Dr. Peces-Barba, que fué quien inicialmente me empujó por este apasionante camino.

Especial agradecimiento debo manifestar al Prof. Miguel Artola, Catedrático de Historia Contemporánea de la Universidad Autónoma, que con tanto entusiasmo me ha orientado y animado en la investigación histórica que este trabajo encierra, con generosa entrega de auténtico maestro.

Capítulo Primero. <u>Introducción</u>	1
I.- <u>JUSTIFICACION METODICA</u>	1
A.- <u>El tratamiento de los derechos fundamentales</u>	1
1.-La esencialidad de los derechos fundamentales.	2
2.-Su condición de encarnadores de valores fundamentales...	4
3.-La necesidad de su tratamiento interdisciplinar.	3
B.- <u>El tratamiento de la protección procesal</u>	9
1.-La coactividad como distintiva del Derecho.....	10
2.-Su condición de síntoma de la efectividad del Derecho...	11
C.- <u>La protección procesal de los derechos humanos</u>	13
II.- <u>CONCEPTOS</u>	14
A.- <u>Derechos fundamentales</u>	14
1.-Su precisión conceptual.....	14
2.-El problema de la clasificación de los derechos funda	
mentales.	21
B.- <u>Protección procesal como garantía de derecho.</u>	26
1.-La noción de garantía.....	26
2.-La descripción de la protección procesal.	30
3.-La protección procesal de los derechos fundamentales...	36
4.-La protección procesal como derecho fundamental.....	4
a) El derecho a la jurisdicción.	46
b) Caracteres del derecho a la jurisdicción.....	48
c) La medida del derecho a la jurisdicción: la legítima	
ción.....	53
c') legitimación y autodefensa.	54
b') legitimación y derecho material	55
c') legitimación e interés políticamente protegido...	57

-III-

d) Requisitos del derecho a la jurisdicción; presump-	
tos y elementos específicos.....	59
Notas.....	61

Capítulo Segundo. La historia constitucional de la protección -

<u>procesal</u>	75
I.- <u>PRESUPUESTOS HISTORICOS Y CONCEPTUALES</u>	75
A.- <u>División histórica</u>	77
B.- <u>División conceptual</u>	80
II.- <u>LA CONSTITUCION DE BAYONA</u>	82
A.- <u>Derechos materiales</u>	83
1.-'Habeas corpus' e inviolabilidad personal y de domicilio.	83
2.-Abolición del tormento.....	83
3.-Promesa de libertad de imprenta.....	84
4.-Formulación indirecta de la igualdad.....	85
B.- <u>Derechos jurisdiccionales</u>	86
La defensa de la libertad por el Senado.....	87
C.- <u>Derechos de libre acceso</u>	92
D.- <u>Consideraciones sobre el Estatuto.</u>	93
III.- <u>LA CONSTITUCION DE CADIZ</u>	95
A.- <u>Derechos materiales</u>	98
1.-Declaración general de protección a la libertad y a -	
los derechos.	101
2.-Libertad de expresión.	106
3.-Otras declaraciones.	109

B.-Derechos jurisdiccionales	112
1.-Protección de la libertad de imprenta por las Cortes..	113
2.-Limitación al Rey por las libertades.	115
3.-Derechos reconocidos en el apartado de la Justicia. ...	116
a) Garantías penales.....	117
b) La inviolabilidad personal.....	119
c) El "habeas corpus".	122
d) Prohibición del tormento.	127
e) No trascendencia de la pena a la familia.	129
f) Inviolabilidad del domicilio.	131
g) Suspensión de las garantías constitucionales.	132
C.-Derecho de libre acceso	138
D.-Consideraciones sobre la Constitución de Cádiz	141
 IV.-LA EPOCA ABSOLUTISTA	 143
 V.-LA APERTURA DE LA REINA MARIA CRISTINA	 145
A.-La Tabla de Derechos	147
B.-Los proyectos de Constitución.	154
 VI.-MODERADOS Y PROGRESISTAS O DEMOCRATAS	 161
A.-Derechos materiales	165
1.-Inviolabilidad personal.....	165
a) Constitución de 1837	165
b) Constitución de 1845 y 1876	168
c) Constituciones de 1856, 1869 y 1873	172
2.-Derecho a la propiedad	178

3.-Participación política.	184
4.-Derecho de libre expresión.	186
a) Constitución de 1837.	187
b) Constituciones de 1845 y 1876.	189
c) Constituciones de 1856, 1869 y 1873.	192
5.-Derecho de reunión pacífica.	195
6.-Derecho de asociación.	199
7.-Derecho de petición.	204
8.-Libertad religiosa.	205
9.-Libertad de enseñanza.	209
10.-Libertad profesional e igualdad de acceso a los cargos.	212
11.-Libertad de salida al extranjero.	214
12.-Admisión general de otros derechos.	215
13.-Suspensión de garantías constitucionales.	221
B.- <u>Derechos jurisdiccionales</u>	230
1.-Unidad de fuero y legislación.	231
2.-Derecho al juez predeterminado y principio de legalidad.	235
3.-Prohibición constitucional de determinadas penas.	237
4.-Exigencias de los actos judiciales que suspenden garantías.	239
C.- <u>Derecho de libre acceso a los Tribunales</u>	241
Notas.	244

Capítulo Tercero. La formulación histórica de las normas alegables

en el proceso. 283

I.-PRECISIONES PREVIAS 283

II.-DERECHOS MATERIALES 292

A.- <u>Derecho a la libertad</u>	292
1.-Libertad física.....	293
a) Integridad física.....	293
b) Detenciones ilegales.	295
c) Esclavitud.	298
d) Otras libertades de la persona física.	315
2.-Inviolabilidad del domicilio.....	316
3.-Inviolabilidad de la correspondencia.....	319
4.-Libertad de movimientos.....	323
5.-Inviolabilidad de la propiedad.	330
6.-Libertad espiritual.....	335
a) Libertad de opinión.	337
b) Libertad de conciencia.	344
7.-Libertades de ejercicio.....	356
a) Libertad de expresión e imprenta.	357
b) Libertad de enseñanza.....	379
c) Libertad profesional del comercio y la industria.....	387
d) Derecho de petición.	390
e) Derecho de manifestación.	392
f) Derecho de reunión.	400
g) Derecho de asociación.....	407
B.- <u>Derecho de participación política</u>	417
1.-Derecho a ser elector.....	419
a) Derecho a la participación como no fundamental.....	419
b) Derecho fundamental al sufragio.....	425
2.-Derecho a la elección.	428
a) La formación del censo y el derecho a formar parte de él	429

-VII-

b) Garantías de la objetividad de los resultados.....	436
3.-Derecho a ser elegido.	442
C.- <u>Suspensión de las garantías.</u>	442

III.-HISTORIA DE LA FORMULACION LEGISLATIVA DE LOS DERECHOS

<u>JURISDICCIONALES</u>	457
A.- <u>El proceso en Cadiz y el Trienio liberal.</u>	458
1.-Legislación procesal civil.	458
2.-Legislación procesal penal.	459
3.-Legislación procesal contenciosa.	461
B.- <u>El Absolutismo y la Regencia.</u>	463
1.-Proceso civil.	463
2.-Proceso penal.	465
3.-Proceso contencioso.	466
C.- <u>Progresistas moderados hasta 1868.</u>	467
1.-Civil.	467
2.-Penal.	469
3.-Contencioso.	470
D.- <u>La legislación democrática, la reacción canovista.</u>	472
1.-Civil.	473
2.-Penal.	474
3.-Contencioso.	477
Notas.....	479

Capítulo Cuarto. La evolución del proceso en relación con los de-

<u>rechos fundamentales.</u>	520
------------------------------------	-----

I.- <u>LA POTESTAD DE INICIAR EL PROCESO.</u>	520
---	-----

-VIII-

A.- <u>Formulaciones directas y específicas de iniciación de un proceso sobre derechos fundamentales.</u>	521
1.-Libertad de imprenta.....	524
2.-Protección de la propiedad privada.....	529
B.- <u>La iniciación de procesos sobre otros derechos: El problema de la legitimación.</u>	533.
II.- <u>EL PROCESO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES</u>	546
A.- <u>Introducción.</u>	546
B.- <u>Los principios de la reforma del proceso civil.</u>	547
1.-El principio de legalidad sistemática.....	550
2.-La rapidez y accesibilidad económica.....	556
3.-La inmediación territorial de los jueces.....	560
4.-Aseguramiento de las pruebas.....	563
5.-Posibilidad de rectificación procesal de lo injusto.....	566
6.-Otros principios.....	569
C.- <u>Los principios de la reforma del proceso penal</u>	571
1.-Las medidas cautelares.....	572
2.-Principios comunes con el civil.....	574
a) Rapidez.....	574
b) Inmediación territorial y revisión.....	577
3.-El principio acusatorio.....	579
4.-La publicidad.....	581
5.-Matices dispositivos del proceso.....	583

-IX-

6.-Principio de contradicción.	585
7.-Apreciación de la prueba.	586
8.-Las reformas de las penas.	590
a) legalidad.	591
b) determinación.	592
c) finalidad.	595
D.- <u>El proceso contencioso-administrativo y las garantías fun-</u> <u>damentales.</u>	600
1.-La huida de la jurisdicción común.	602
a) prohibición de interdictos.	603
b) inembargabilidad.	604
c) autorización previa.	605
2.-El procedimiento específico.	606
a) Unificación de términos.	607
b) Suspensión de la resolución.	608
c) Fijación de plazos para el expediente gubernativo. ..	609
d) Depósito previo.	611
e) Obligatoriedad del trámite de prueba.	612
III.- <u>CONDICIONES DE LAS SENTENCIAS Y GARANTIAS DE LOS DERECHOS</u>	613
A.- <u>La sentencia como término del derecho a la jurisdicción.</u> <u>Concepción monista.</u>	613
B.- <u>Decisión obligatoria.</u>	620
C.- <u>Decisión fundada.</u>	623
D.- <u>Decisión eficaz.</u>	627
IV.- <u>LAS CONDICIONES DEL ORGANO JURISDICCIONAL.</u>	632

A.- <u>La jurisdicción y la protección procesal</u>	632
B.- <u>Los principios del poder judicial</u>	641
1.-La independencia personal.	643
a) Condiciones de acceso.....	644
b) Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones....	649
c) Abstención y recusación.	650
2.-La independencia orgánica.....	651
a) Frente al Poder ejecutivo.	651
b) Frente a la acción disciplinaria superior.	656
3.-La responsabilidad de jueces y magistrados.....	660
a) La responsabilidad civil.....	662
b) La responsabilidad penal.	663
4.-Idoneidad técnica.	664
5.-La institución del Jurado.	666
6.-La preconstitución.....	677
a) Sus violaciones. La jurisdicción militar.	678
b) La predeterminación legal previa de competencias. ...	685
a') Las normas de atribución.....	685
b') Las normas para los casos de conflicto.	688
 Capítulo Quinto. <u>La protección procesal en caso de violación de</u> <u>los derechos fundamentales por el Poder</u>	 715
I.-INTRODUCCION.	715
 II.- <u>LA VIOLACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL PODER</u> <u>LEGISLATIVO EN EL XIX</u>	 726

<u>A.-Valoración jurídica y política del poder legislativo.....</u>	727
1.-La Constitución de Bayona.....	728
2.-La Constitución de 1812.....	734
3.-Las Constituciones moderadas.....	735
4.-Las Constituciones progresistas.	748
<u>B.-La consideración de la Constitución como norma jurídica</u>	
<u>plena.</u>	758
1.-La Constitución de Cádiz.	760
2.-Las Constituciones moderadas.	765
3.-Las Constituciones democráticas.....	769
<u>C.-La jurisdiccionalidad de los organos que conocen las vio-</u>	
<u>laciones constitucionales.....</u>	771
<u>D.- Las electivas violaciones por el legislativo.....</u>	777

<u>III.-La violación de los derechos fundamentales por la Administra-</u>	
<u>ción.....</u>	778
<u>A.-La responsabilidad de los funcionarios.....</u>	805
1.-La responsabilidad penal.....	805
a) La definición penal del funcionario público.....	805
b) La tipología de los delitos públicos no específicos..	807
c) La tipología de los delitos específicos de los funcio	
narios.....	814
2.-La autorización previa para enjuiciar a los funcionarios.	816
3.-La responsabilidad disciplinaria.....	821
<u>B.-La responsabilidad de la Administración.....</u>	825
Notas.....	832
CONCLUSIONES.....	849
BIBLIOGRAFIA.....	864

CAPITULO PRIMERO: INTRODUCCION

I.-JUSTIFICACION METODICA

A.-El tratamiento de los derechos fundamentales

Desde hace diez años, el tratamiento sistemático de los - Derechos Fundamentales ha caído como un aerolito científico en el ya de por sí agitado mundo de la Ciencia del Derecho. Con me-
jor o peor acierto se ha situado académicamente el tratamiento - de estos problemas dentro del área de la reflexión filosófica - sobre el Derecho. (1).

Esta adscripción ha suscitado amplia beligerancia, y espe-
cialistas en Derecho político, Derecho penal, Derecho administra-
tivo, Derecho procesal, e incluso Derecho civil o Derecho laboral,
en determinados aspectos, han discutido esta asignación. (2).

El problema, sin embargo, se ha agravado cuando autorida-
des científicas, relacionadas con la Filosofía social y jurídica
han venido a poner en duda la conveniencia de esta medida acadé-
mica, y no ya por una razón sistemática o razones académicamen-
te formalistas, sino criticando abiertamente las razones materia-
les que argüían en favor de tal asignación. Algunas de tales au-
toridades (3) ha hablado, en determinada ocasión y con un tono
acremamente despectivo, de "periodismo jurídico" al referirse al
tratamiento de tales cuestiones en nuestro campo.

Hay, a primera vista, un deseo de purificar el objeto for-

mal de nuestra disciplina, pero quizá llevado a unos extremos que pudieran hacer pensar, bien en un desprecio hacia la realidad - palpitante presente en estos temas, o bien, en un más preocupante desprecio hacia los mismos derechos humanos, que por su "menor importancia" no han de tener cabida en una más "alta" reflexión. (4).

Tomamos, pues, como primer deber el esbozar, aunque sea - muy someramente, las razones que abonan nuestra postura de considerar como un importante capítulo de la reflexión filosófica sobre el Derecho, la referida a los derechos fundamentales, no sólo por su intrínseca importancia en orden a la justificación de tratar aquí estos temas, sino también -y ello se estima de - indudable interés- porque en esas mismas razones se encuentran, en germen, los fundamentales elementos metódicos y conceptuales de nuestro trabajo.

Tratamos los derechos fundamentales, en esta área filosófica, porque lo estimamos adecuado, y precisamente al tratarlos de modo reflexivo, manifestamos su hondura y esencialidad.

1.-La esencialidad de los derechos fundamentales.

Con ello hemos llegado a abordar una primera razón: su esencialidad. Histórica y sociológicamente los derechos fundamentales se han constituido en contenidos del quicio o piedra angular de todo un sistema de convivencia comunitaria, que excede y trasciende sus manifestaciones institucionales políticas, administra

tivas o jurídicas de cualquier clase, para integrarse en un modo complejo de concebir la realidad humana y social. (5)

De hecho, los hombres que los alumbraron se sintieron tan deslumbrados por su propia fuerza esencial, que creyeron ingenuamente en la virtualidad, casi automática, de su simple formulación (6). Esta puede ser una razón, junto con otras muchas, de las que no es la menor un indudable optimismo antropológico imperante en aquella época, de la falta de énfasis en las declaraciones formalmente normativas de estos derechos. Este optimismo doble -objetivo y subjetivo-, no solo justifica o explica el claro idealismo moralista de nuestros constituyentes de Cádiz de sus coetáneos -franceses (7), sino que se extiende también a una concepción esencialista de los derechos, que aparecen, a pesar de construcciones contractualistas, como contenidos "naturales" y no solo "convencionales" de la sociedad política.(8).

En este sentido, la esencialidad que descubrimos, no solo se infiere del hecho de haberse constituido en fundamento de un sistema de vida interindividual, sino que se deriva del propio contenido de tales derechos, intimamente vinculados con los más importantes existenciales antropológicos efectivamente vividos -en cada época histórica. Libertad, proyecto vital, comunicación, autenticidad, desarrollo personal, intersubjetividad, relacionados con dimensiones vitalmente esenciales, como vida, muerte, delito, culpa, cultura, trabajo, responsabilidad individual y comunitaria, etc...son elementos puestos de relieve como carne y sangre, espíritu vivificador de las Declaraciones de derechos.(9).

No cabe duda pues que, sea cual sea la antropología jurídica que se profese, estos elementos son girones auténticos de fundamento, y colocan a la materia que nos ocupa en un lugar tal, - donde resulta perfectamente justificado pensar que, abordarlos sin una gran carga de reflexión sería desvirtuar su propia naturaleza.

Esta esencialidad es la que, en definitiva, justifica, desde el punto de vista de la más pura metodología jurídica, un tratamiento específico de estas materias, como especies perfectamente definidas de un género superior y mas amplio, el de los derechos subjetivos. A esta faceta dedicaremos posteriormente algunas líneas justificativas, pero quede dicho desde ahora que consideramos válida la apelación a las dimensiones existenciales, para caracterizar esta parcela de la Filosofía del Derecho, y que al hacerlo así a lo largo de este trabajo estamos integrando elementos del hecho jurídico, que hasta cierto punto podrían haberse - considerado en alguna ocasión como antitéticos: el elemento axiológico y el elemento técnico-científico, que en todo caso debe - acoger, sin exclusiones mutuas, una correcta reflexión totalizadora y última del Derecho.

2.-Su condición de encarnadores de valores fundamentales

Hay otra razón que se añade a la anterior y es que los derechos fundamentales son contenidos comúnmente admitidos como valores que encarnan, en un momento y un lugar determinados, el supremo valor de la Justicia.

Este aserto que se acaba de formular, podría ser tachado de

positivista por los iusnaturalistas, o a la inversa. Si tal sucediera, ello sería prueba evidente de su acierto.

Sabemos que una de las polémicas que se han producido sobre esta materia es precisamente la consideración de los diferentes puntos de vista, desde los que se puede abordar, y de hecho se aborda, el tratamiento de los derechos fundamentales. (10).

Se han detectado aproximaciones sencionalistas o "iusnaturalistas", positivistas, escepticas, pragmáticas, totalitarias y - hasta dualistas (11). Naturalmente estas perspectivas se han centrado en la discusión sobre el fundamento del contenido de los derechos. Esto es, la justificación de su origen, naturaleza, razón de obligar, etc... Pues bien, en esta ardua polémica se han puesto de manifiesto dos extremos indudables:

a) Las divergencias ideológicas y axiológicas entre tales posiciones se agudizan precisamente al tratar de los derechos fundamentales. Parece que es precisamente este tema el que excita - con más virulencia los argumentos y refutaciones de cada postura, de modo que cada una de ellas piensa que se pone al descubierto, sin posibilidad de entendimiento, en este momento, su peculiar punto de vista sobre el objeto del Derecho, esto es, su peculiar punto de vista sobre la Justicia. (12).

b) Pero al mismo tiempo, y de modo paradójico, todas estas posiciones se ponen últimamente de acuerdo en que los derechos fundamentales son, si no valores, porque pueda discutirse tal con

cepto, sí valiosos, o cuando menos válidos y operativos para fundar una comunidad social, en la que quepa un desarrollo armónico del individuo y de sus interrelaciones. Y esto no es ni más, ni menos, que considerar que tales derechos constituyen los contenidos mínimos de la Justicia, sea cual sea el concepto esencial que de ella se tenga. (13).

Esta constatación no significa, pues que las diferentes posiciones sobre los contenidos de la Justicia coincidan en la concreción de tales contenidos, sobre todo en lo que se refiere a su raíz o propiedades, o incluso que deban existir catálogos concretos de tales contenidos. Significa más bien que tanto en la teoría -para unos y aún así de modo diferente- como en la práctica, todos coinciden en que la comunidad social debe basarse para el mejor desarrollo del hombre y los grupos humanos, entre otras exigencias, en un conjunto de facultades, libertades, posibilidades etc...atribuidas a tales hombres y grupos, que han de ser respetados por los demás y protegidos por el Derecho. Lo cual no es -ni más ni menos que decir que los derechos fundamentales son los contenidos mínimos de la Justicia incluso para quienes piensan que su determinación y razón de obligar no están dados de una vez por todas, o incluso no resulta relevante su análisis axiológico.(14).

3.-La necesidad de su tratamiento interdisciplinar.

Hay una última razón, que, por ser metódica, es científicamente de una gran relevancia: y es la necesidad de un tratamiento interdisciplinario de los derechos fundamentales.

Ya hemos aludido a la disputa -en buena lid mantenida- entre las diversas especialidades jurídicas sobre cuál de ellas debía atribuirse, con razón, el tratamiento específico de esta materia. Se plantea una vez más la espinosa tarea de la delimitación de las diversas parcelas jurídica, tema vidrioso, que, una vez más, hace agua al tratar de atribuir con corrección el tratamiento de los derechos humanos a cualquiera de esas ramas, dada la diferente intensidad con que se ponen de manifiesto unas y otras facetas.

Tal multiplicidad de disciplinas encargadas de su tratamiento, exige sin duda un enfoque interdisciplinario, no sólo por razones de puro utilitarismo, sino quizá con una pretensión más elevada, intentar reconducir el problema desde sus raíces para - tratar de esbozar una solución.

Ante esta necesidad, la cuestión es demostrar que tal interdisciplinariedad -permítasenos esta difícil palabra- la puede ejercitar con mayor eficacia la Filosofía del Derecho. (15).

La justificación por extenso de este aserto nos llevaría muy lejos. Por ello, baste aquí señalar que tal tratamiento, que ha convertido nuestra asignatura en una auténtica reflexión sobre la idea y sobre el concepto del Derecho, la está convirtiendo en - una adecuada, profunda, comprehensiva y autorizada integración - la Teoría General del Derecho, quizá actualmente demasiado afeerrada al Derecho privado, por la inserción de uno de los más extensos soportes normativos de tal Teoría, en el Título preliminar del Código Civil.

La Teoría General-auténticamente general y profunda- del Derecho debe ser, y cada día lo es más área científica expresamente atribuida a nuestro cuidado. Dentro de esta orientación, ampliamente admitida en los textos y en los programas académicos, se integra nuestra posición.

Pues bien, una Filosofía del Derecho sólidamente enraizada en los problemas de la fundamentación conceptual de las diversas ramas del saber jurídico, y encargada de dar respuesta a los mismos, o al menos pautas de reflexión crítica para solución, debe ser un lugar de encuentro de aquellas cuestiones cuyas peculiares características las hagan situarse en zonas fronterizas a varias materias. Temas como la teoría de las fuentes, la aplicación del Derecho, la teoría de la norma y del sistema jurídico, etc...deben ser analizados por la Filosofía del Derecho, desde las diversas propuestas que hacen los diferentes sectores del Derecho. Entre estos temas estarían sin duda los derechos fundamentales, y así lo defendemos en esta tesis, con un propósito explícitamente metódico, pero que no rehuiría su justificación material, aunque no es ahora posible, dada la finalidad concreta del trabajo. (16).

Esta posición implica, y con esto finalizamos, algo presente en nuestra área científica, que debe estar aun más vivo y latente cada día, y es la necesidad de que los filósofos del Derecho, sean auténticos filósofos, pero también amplios conocedores del Derecho positivo, en sus diferentes ramas, en un esfuerzo amplio y generoso. La Filosofía del Derecho debe pisar la tierra,

hacer propuestas válidas para la sociedad que le rodea, tener en cuenta sus condiciones reales, y evitar recluirse en un mundo - ideal propio solo de iniciados. El primer paso para la revalorización de la Filosofía del Derecho es sin duda alguna su apertura.

B.-El tratamiento de la protección procesal.

Contando con que, en virtud de los razonamientos expuestos con anterioridad, se pueda convenir que los derechos fundamentales pueden y deben ser objeto de análisis comprensivo en la - Filosofía del Derecho, hemos de dar un paso más en la justificación metódica de esta tesis. Este paso viene a subrayar el peso específico de la protección procesal como uno de los más importantes objetos formales de la global reflexión sobre los derechos fundamentales.

No cabe duda que uno de los elementos que, directa o indirectamente, han abordado la multiplicidad de teorías que han existido históricamente sobre el Derecho, ha sido la nota de coactividad, y, de un modo más concreto y realista, los mecanismos que en los diversos sistemas jurídicos tienden a actuar esa coactividad.

La fuerza, cuando se impregna de juridicidad, actúa de un modo normativamente establecido, tanto en su conformación morfológica, cuanto en su institucionalización funcional. Esta consecuencia, que se nos antoja indudable, es fruto de dos tipos de - bases analíticas.

1.-La coactividad como distintivo del Derecho

La primera de ellas es de caracter ontológico o esencialista, en el sentido que vamos a indicar, y que mantiene la neutralidad ante los diversos puntos de vista sobre el Derecho, que esperamos mantener a lo largo de todo el trabajo.

Tanto los que buscan la esencia del Derecho desde una perspectiva objetivista (tomando este término designador de perspectiva en su sentido más positivo), como los que intentan, deslindar el área de lo jurídico con un tono más relativo (dando, a su vez, a este término la menor carga axiológica posible), convienen en que específicamente un elemento diferenciador del Derecho es su protección procesal. Esto es, la posibilidad de su imposición -coactiva por quien está dotado de poder legítimo y extrínsecamente justificado, como garantía de su correcta aplicación.

Existe pues, una diferencia entre una norma jurídica y una pauta de conducta de caracter filosófico, moral, ideológico, político o social, y es precisamente que la sanción que acompaña a esa norma presenta la peculiaridad de actuarse, en un último y -crítico límite, no por presión social, acusación de conciencia, o cualquier tipo de disfunción política, sino por el despliegue de la fuerza jurisdiccional. (17).

Esta deducción teórica se comprueba en la verificación existencial: la conciencia sociológica del Derecho va intimamente ligada a la posibilidad de excitación de un poder -el Juez, el Tribunal- dotado de una virtualidad específica que le hace ser efi-

caz en su decisión -sentencia firme y ejecutiva-a través de un - procedimiento normativamente establecido y asegurado, por la que recompone situaciones de relación jurídica violada, violentada o desconocida su titular, por otro individuo o colectividad. La - conciencia genérica une indisolublemente el existencial sentimiento de "tener derecho" al de "acudir a un Tribunal" en caso de desconocimiento de quienquiera que sea de ese derecho. (18).

Esta conciencia primaria no puede ser discutida, y si al - teorizarla la concebimos como substancial, esencial o accidental, ello depende de la perspectiva científica o ideológica que podamos adoptar. Pero lo que es innegable es que lo que nunca podemos hacer es desconocerla.

2.-La coactividad sintoma de la efectividad del Derecho.

La razón, que se acaba de apuntar, es de carácter teórico, pero apoyado en una indudable comprobación empírica. Todo lo dicho se refuerza, si nos encontramos con que, de hecho, la historia y los análisis fácticos de las realidades políticas nos demuestra que lo que técnicamente garantiza la aplicación de los contenidos jurídicos normativos es precisamente su protección procesal.(19).

La justificación de que la protección procesal es la garantía técnica de la eficacia de los derechos -y en concreto de los derechos fundamentales va a ser objeto de un examen temático mucho más detenido en un capítulo posterior.

No se puede, sin embargo, dejar de constatar un hecho innegable, que, arguye en favor de la confirmación empírica de una tesis que será desarrollada, como se indica, más tarde, pero que en el momento presente justifica, en acumulación de argumentos, la ubicación de la temática que nos ocupa, en el área académica correspondiente a la Filosofía del Derecho, esto es, en el área de la reflexión global sobre el Derecho.

Es bien sabido que uno de los campos donde con más agudeza se ponen de relieve las situaciones críticas o límites del Derecho, como fenómeno humano y social, hasta el punto de dejarnos al descubierto sus mismas entrañas ontológicas es el Derecho Internacional, campo, por todo ello, de enormes sugerencias para la observación analítica de la realidad del Derecho.

Pues bien, en este campo, es bien conocido que los Estados dictatoriales que no han asumido en verdad, como fundamento de su propia existencia y funcionamiento, la salvaguarda de los Derechos fundamentales no tienen duda en suscribir los pactos internacionales que declaran tales derechos, pero procuran no adherirse a los instrumentos que establecen las instituciones internacionales para proteger procesalmente dichos pactos, porque saben que, en la práctica, declaración de derechos sin instrumentos técnicos - procesales equivale a papel mojado (20).

Todo ello nos lleva a concluir que efectivamente una reflexión comprensiva del fenómeno jurídico propio de la Filosofía del Derecho ha de acoger en su seno cualquier reflexión sobre los de-

rechos fundamentales y sobre la protección procesal de cualquier derecho.

C.-La protección procesal de los derechos fundamentales

Si ello es así, con mayor razón aún la protección procesal de esos derechos reconocidamente relevantes, como son los derechos fundamentales.

La protección procesal es un atributo esencial de la jurisdicción de las libertades públicas. En virtud de todo lo indicado sabemos que esto es así "a priori", pero hemos de ir comprobando que, históricamente, la evolución que en el siglo XIX ha ido sufriendo la concreta disciplina y normativa de los derechos fundamentales supone que las parcelas de poder discrecional y político del ejecutivo -o incluso de otros poderes- se va recortando, y disminuyendo consiguientemente las posibilidades de despotismo y absolutismo, conforme se van perfeccionando los instrumentos procesales. Y ello no en virtud de una casual coincidencia -histórica, sino en virtud de su propia esencia. (21).

La protección procesal es un elemento de enorme importancia en la integración comunitaria de los derechos fundamentales que históricamente han nacido "en olor de individualidad". Precisamente porque frente a un allanamiento de morada o una detención arbitraria o a la prohibición de una reunión pacífica, todos los ciudadanos de una comunidad nos sentimos vejados y afectados, y su protección se convierte en asunto de todos y de cada uno. El

nacimiento de la acción popular contra el Estado, o la larga -
marcha de la legitimación en la actuación procesal contra la Ad-
ministración pública (desde el "lesionado en un derecho perfecto"
al "interesado legítimamente en un procedimiento") han tenido su
histórico origen en las actuaciones referidas precisamente a vio
laciones de derechos fundamentales. (22).

Podemos de este modo concluir esta introducción, necesaria
sobre todo a efectos académicos, diciendo que está justificado
reservar un apartado en el campo dilatado (a veces de modo exce-
sivo) de la Filosofía del Derecho, al exámen de la mutua vincula
ción entre los derechos fundamentales y la protección procesal,
señalando ya desde el principio que la relación entre ambos con-
ceptos es recíproca. No solo resulta necesario analizar la efec-
tividad de los derechos fundamentales, investigando en su protec-
ción procesal, sino, como veremos a lo largo de esta tesis, que
la protección procesal genérica se ha ido construyendo histórica
mente de modo que la integración de las exigencias cada vez más
matizadas de la dignidad humana han contribuido a su mejora téc-
nica. Y ello por la esencialidad de los contenidos que han llen
do las declaraciones de derechos, por un lado, y, por otro, por
la importancia que para el hombre, tiene la protección procesal
en sí misma considerada.

II.-CONCEPTOS

A.-Derechos fundamentales

1.-Su precisión conceptual.

Es necesario, antes de abordar este estudio, establecer del

modo más simple y pragmático una serie de conceptos, que sirvan de elementos indicadores o términos de referencia para la investigación histórica que es la principal finalidad de este trabajo.

El primer concepto que se debe deslindar es el de Derechos Fundamentales. Con esas pocas palabras acaba de suscitarse una - de las cuestiones más arduamente discutidas: la precisión conceptual de una esencia de que no acaban de posesionarse pacíficamente los científicos que abordan estas materias. Cabría la posibilidad de dedicar no sólo uno, sino muchos trabajos como el presente para tratar de deslindar su esencia. (22 bis).

La razón fundamental que complica esta cuestión es el carácter fronterizo de esta materia. Los Derechos Fundamentales no sólo rozan muchas parcelas de las que dividen el campo de lo jurídico, sino que además sienten una cercanía llena de ambigüedades de campos tan proteicos como la política, la ética, la moral, la sociología e incluso la historia (y esta última no solo como soporte de su estudio, al modo presente, sino incluso como justificación de su esencia). (23).

En tal discusión, todo se pone en tela de juicio; esencia, definición, número, clasificación de los derechos fundamentales por un lado; y por otro, la exacta delimitación de cada uno de los derechos fundamentales singulares.

La abundante literatura sobre la naturaleza de los derechos

públicos subjetivos indica la dificultad que presenta en la teoría la determinación de los derechos fundamentales como una especie de tales derechos (24). La doctrina ha hablado de la insuficiencia de este concepto para comprender la naturaleza de estos "Grundrechte". En ese sentido, se ha ampliado la panoplia conceptual explicativa a las situaciones o intereses jurídicos, o a la más matizada de "institución" jurídica, procedente de la teoría alemana del "valor". (25).

Pero es, precisamente, la íntima vinculación entre el concepto de derecho subjetivo y la plena protección procesal, y la biunivocidad de ambos conceptos, al menos como ideal del Estado de derecho (26), lo que nos conduce a adoptar previamente, a reserva de su comprobación histórica, aquella teoría que considera el derecho fundamental como una especie del derecho subjetivo. Todo ello, sin negar, y sin tampoco poder analizar con más detalle (lo que por otro lado ya está ampliamente estudiado), las dificultades que entraña tal asunción. (27).

En ese sentido, hemos de declarar que la investigación histórica que se va a seguir arguye en favor de la conocida teoría del prof. GARCIA DE ENTERRIA (28), sobre la posibilidad de considerar dos grandes tipos de derechos subjetivos comprensivos de todas las posibles relaciones jurídicas entre la Administración y los particulares en este campo: los llamados derechos subjetivos típicos o activos, por un lado; y los derechos subjetivos reaccionales o impugnatorios, con una funcionalidad esencialmente igual.

Resulta, sin embargo, que, en la dinámica de las modernas "declaraciones de derechos" existen formulaciones que no pueden encajar en estos supuestos. Se trata de aquellos que, según el mismo GARCIA DE ENTERRIA (29), no suponen ninguno de estos: los principios de ética social, enunciaciones de presentaciones administrativas (concretadas en posteriores y complicadas organizaciones legales), o la llamada "libertad-participación" (integrada en un orden de actuación administrativa más discrecional que legal o estatutario). A estos supuestos son a los que mejor responden todas aquellas construcciones que vienen a resumirse en la introducción del concepto "institución" o el de "situación jurídica" en la definición de derecho fundamental (30).

El exámen e investigación de la evolución de los derechos fundamentales a lo largo del siglo XIX nos va a plantear, sin embargo, la evidencia de que en ese período histórico, tales problemas, excepto el primero de ellos (la concepción como derechos fundamentales de determinados principios de ética social y política, de los que ya se han referido algunos ejemplos españoles o franceses (31)) no entran en la consideración de la doctrina, la legislación y la práctica jurisprudencial. Los textos y las mentalidades son aún las liberales, y el Estado no ha sufrido aún el "estirón" conceptual y práctico que significó la admisión de los supuestos de las revoluciones socialistas (32).

Con ello no pretendemos zafarnos de toda una problemática que obvie un cierto concepto crítico y comprensivo de los derechos fundamentales, sino situar esta investigación en el "topos" ideológico

lógico que le corresponde. Lo que sí podemos afirmar desde este momento es que la evolución progresiva de los derechos fundamentales ha dado a lo largo de la historia una serie de pasos para atender a la "mayor finura ética" impuestas por la exigencias política y los propios "signos de los tiempos". En esa evolución, el paso del derecho declarado al derecho protegido jurisdiccionalmente es esencial, y refleja el auténtico sentido histórico de los legisladores dispuestos a hacer realidad los principios que afirmaban. Para un examen posterior dejaremos la tarea de responder a la cuestión de si la conversión de la declaración en derecho es el camino enseñado por la experiencia decimonónica, porque concebimos al derecho como forma genérica de referirnos a una posición jurídica concreta protegido por una posibilidad de su alegación jurisdiccional. Quizá sea esta la enseñanza para una futura investigación; trasladar el centro significativo desplazándolo de la esencia de los auténticos derechos fundamentales, de su consideración como subtipo de "aquellos derechos subjetivos" consagrados por la analítica de este concepto, que, a la vista está, se nos queda corta para atender a las nuevas "situaciones", a la de la constatación de que como tales derechos solo pueden considerarse aquellas situaciones -y ya no sólo las establecidas entre Administración y particular, sino incluso entre particulares (33) intereses, relaciones o valores cuya violación pueda ser eficazmente recompuesta por una actuación jurisdiccional.

La dificultad y complejidad que como se visto presenta la determinación del concepto Derechos Fundamentales, es tanta que

hemos optado por una solución pragmática.

a) Terminológicamente vamos a utilizar indistintamente los de Derechos fundamentales, Derechos humanos, libertades públicas, garantías individuales, de modo casi indistinto y reservando la primacía al primero de estos términos y procurando regular su uso en relación con los pequeños matices semánticos que cada una de estas expresiones encierra. (34).

b) En cuanto al segundo de los problemas enunciados, esto es, qué derechos vamos a entender como fundamentales, es necesario adoptar un criterio práctico y positivo: vamos a aceptar como derechos fundamentales, y por ende, a estudiar su protección procesal, a aquéllos que las leyes positivas españolas del siglo XIX estime y enumere entre los tales derechos y que se correspondan con lo que cualquier momento entienden como tal, es decir, - si no se entra en la definición, buscaremos un punto de referencia más o menos objetivo, que ya hemos señalado (35).

Este punto nos obliga a realizar varias puntualizaciones.

b.1.) Como estudiamos un período histórico, a lo largo del cual se han ido gestando formulaciones jurídica de los Derechos cada vez más amplias y completas, habremos de estudiar determinadas libertades incluso en los momentos anteriores a su efectiva aparición en una norma positiva como específica libertad reconocida: así la asociación o la reunión. (36).

b.2.) Por ser fieles a este método, habremos de acoger co-

mo uno más de los derechos fundamentales a determinados contenidos que para muchos y quizá para el que esto escribe no constituyan tales contenidos fundamentales, como por ejemplo el derecho de - propiedad individual o de libertad de comercio. (37).

b.3.) Este punto de partida supone también que podría resultar discutible que comprendiéramos en nuestro estudio aquellos derechos cuya fundamentalidad no fuera declarada sino en época - posterior de nuestra historia: derecho de huelga por ejemplo, o los múltiples derechos de crédito frente al Estado de las Consti- tuciones modernas.

b.4.) Todo ello con una finalidad muy clara: no tratamos de descubrir una mentalidad histórica respecto de los derechos fun- damentales, sino los principios rectores de la protección proce- sal de lo que los españoles del siglo XIX estimaban ser derechos fundamentales.

En este caso una vez más el investigador debe asumir -para su suerte o su desgracia- los esquemas de los hombres y las doc- trinas que debe historiar para evitar la terrible tentación de aquel delito procesal romano tantas veces fustigado de la "preva- ricatio": esto es desvirtuar las razones de la mente del observa- do con los contenidos de las que, en nuestra peculiar concepción, llevan el mismo nombre

2.-El problema de la clasificación de los derechos fundamentales.

La ciencia no sólo ha planteado el problema metodológico - del concepto de los derechos fundamentales, sino el de su correcta clasificación. Ante él, debemos adoptar las mismas previsiones que se hacían unas páginas más atrás sobre el concepto. Aquí se opta por una solución pragmática, esto es, por la construcción - de una hipótesis clasificadora provisional que pueda dar razón - del presente trabajo y que se integre, junto con otras, en un - conjunto de reflexiones que contribuyan a la madurez de esta peculiar área de la investigación científica, ofreciendo una visión sistemática de los derechos.

En todo caso, hay que señalar, junto con otros autores (38), que el problema de la clasificación es desde un punto de vista maduramente jerarquizador de las cuestiones realmente relevantes, de una entidad mucho menor que el concreto de su aplicación práctica. En terrenos como el presente, de tan frágil contingencia, es mucho más importante no dejarse comer el terreno de la preocupación por cuestiones más o menos técnicas, y atender preferentemente a su eficacia e implantación efectiva.

En este sentido, también hay que concordar con quienes ven en la clasificación de los derechos humanos una cuestión eminentemente pragmática. Es decir, sistematizar para captar el tratamiento diferenciado, que unas veces con razón y otras con evidente mala interpretación de los contenidos concretos, debe darse o de hecho se da a estos derechos (39).

Junto a ello, la visión esencialmente historicista a la que nos tenemos que sujetar se repite aquí de la misma manera.

Se plantea pues la necesidad de optar por una clasificación de los derechos que luego habrán de estudiarse en su aparición - histórica, que de razón de las peculiaridades que impone el punto de vista de su protección procesal. Y así tenemos que los derechos que se reconocen en las Constituciones o en los textos legales ordinarios de la España del siglo XIX, y de los que se da amplia razón en el índice de este trabajo, se centran en dos polos; los derechos de libertad, individual (física o espiritual) o de carácter social, por un lado; y los derechos de participación política, por otro; y con una cierta y creciente especialidad los derechos de carácter jurisdiccional, o de acceso eficaz y digno a los Tribunales (40).

De este modo aparece una de las clasificaciones que la doctrina ha elaborado para esta materia. Sin embargo, y con ser importante esta clasificación, ha de servirnos como guía puramente taxonómica -por lo demás; susceptible de mayor concreción y ampliación sistemática-.

Reconociendo el alto valor de este tipo de clasificaciones que atienden, como se ve, a los contenidos de los derechos, existen otras, con criterios diferentes de ordenación: fuente de la que emanan, ámbito de aplicación, sujeto que los ejerce, forma de ejercicio, etc... No se hace, de todas formas, el debido hincapié en un nuevo criterio de clasificación de una enorme impor-

tancia, y es el determinado por el modo de protección.

Anticipando posteriores ideas, y sobre todo, conclusiones deducibles del trabajo histórico que se va a seguir, hay que defender -nuevamente- el acertado criterio de GARCIA DE ENTERRIA - al hablar de "derechos activos" y "derechos reaccionales" (41) . Esta clasificación fué intuïda por ARTOLA en su libro Programas y partidos políticos, precisamente al estudiar las diferentes - formas de relación Estado-individuo en estos derechos. (42).

En efecto, hay derechos que necesitan una mediación voluntaria expresa del sujeto que los ostenta para ponerlos en eficaz vigencia. Su violación no vendrá sino cuando por parte de cualquier sujeto social -y esto es no sólo el Estado, sino cualquier individuo o colectividad particulares- se intente coartar este - ámbito positivamente exigido por el sujeto del derecho: son los derechos activos. Frente a ello, hay toda una serie de situaciones en que el individuo ejercita con eficacia un derecho sin necesidad de mediación voluntaria positiva propia. La violación por - cualquier sujeto violador -dotado de poder y sin estar dotado de él- se cernirá sobre el ámbito connatural al individuo, sin que éste haya tenido necesidad de acotar un espacio de ejercicio de modo explícito: son los derechos reaccionales.

La libertad de imprenta requiere, como ejemplo, que el sujeto de esa libertad tome la decisión de ejercitarla, y mientras eso no ocurre, no podrá pensarse en violación de algo que no se ejercita. Por el contrario, la integridad física puede ser vio-

lada por cualquiera, sin que el ofendido no tenga que cumplir ningún otro requisito más que el de "existir" como persona.

Las condiciones de ejercicio y de protección, como veremos, son muy diferentes. En el primer caso, es necesario establecer un ámbito de correcto ejercicio del derecho, con posibilidad de tipificar determinadas conductas como abusivas de este derecho, así como una catalogación de conductas violadoras del ejercicio del derecho. En el segundo caso, lo que se tipificará es exclusiva-mente este segundo aspecto, y no el primero, pues los derechos -reaccionales no admiten abuso. La protección procesal además impondrá condiciones de legitimación en las reclamaciones por es-tas violaciones, que serán -por las razones históricas que se estudiarán en su momento -mucho más duras en los derechos de la primera clase, que en los de la segunda (43).

Hay que señalar que esta diferencia de tratamiento clasificatorio, de incidencia específicamente procesal, no coincide exac-tamente con las característica diferenciación apuntada -y desa-rrollada en algunos casos- por tratadistas de estas materias, y que se concreta en las posibilidades de actuación jurisdiccional por "acción" o por "excepción". Esta diferencia, de que habrá de dar cuenta el presente trabajo en posteriores capítulos, plantea una diversidad de la protección procesal como tal, sin que vaya necesariamente unida a una contraposición conceptual los dos ti-pos de derechos.(44).

La libertad de imprenta, característica de derechos del -

primer tipo, puede ser violada por una represión injustificada - de su ejercicio por parte del poder, tanto si éste es el estatal, como si se trata del ejercido por cualquier otro grupo no soberano; esta represión puede provenir del poder solamente en el caso de que esta libertad se ejercite positivamente por el sujeto de tal derecho. Este ejercicio supone no sólo este positivo conato de voluntad de ejercicio, sino también un marco -determinado por el poder legítimo- dentro del cual se produce este ejercicio, en cuya delimitación también se puede producir una violación de la libertad fundamental. Junto a ello, se encuentra la común regulación del abuso del derecho, por realización del mismo más allá - de lo que resulta éticamente admisible.

La integridad personal es un derecho cuyo ejercicio no está sometido a una determinación positiva de la voluntad del que lo ostenta. Simplemente por el hecho de "ser persona" es está actualizando ese derecho, contra el que cabe violación sin que el sujeto pasivo tenga que ponerse en ningún determinado estado. La integridad no supone un marco de actuación, dentro del que se - pueda concebir un abuso de ese derecho fundamental. Cualquier atentado contra ella supone una acción que "debe" estar castigada, sin mediaciones semejantes a la del anterior tipo de libertades o derechos.

De la exposición de los dos ejemplos anteriores no debe deducirse que el derecho reaccional coincida con lo que los tratadistas franceses conocen como "libertades públicas", y que el segundo régimen sea aplicable a las demás garantías fundamentales.

Esto no es exactamente así, puesto que entre aquellas "libertades" que contemplan los tratadistas de la escuela francesa, se encuentran las que se refieren a la persona física, o a la intimidad, que deben considerarse como típicos ejemplos de derechos fundamentales reactivos. (45).

Combinando los criterios que se han expuesto hasta ahora, podemos esbozar las líneas fundamentales de clasificación de los derechos fundamentales que se van a utilizar en este trabajo, en orden a investigar sobre su protección procesal.

En primer lugar, los derechos materiales, entre los que se encuentran los referidos a la libertad física (integridad, ausencia de detención o esclavitud, etc...) a la intimidad (inviolabilidad del domicilio y la correspondencia), el ámbito material correspondiente a la dignidad de la persona (libertad de movimientos y propiedad) libertad espiritual (de creencias, de opinión y de conciencia), y, por último a las libertades que se denominan aquí de ejercicio -y que vendrían a coincidir con las denominadas "activas" más arriba- (de expresión e imprenta, de enseñanza, profesional, de petición, de manifestación, de reunión y de asociación). La segunda gran categoría de los derechos materiales son, como ya se ha justificado más arriba, los correspondientes a la participación política (a ser elector, a la elección y a ser elegido).

En segundo lugar, se encontrarán los jurisdiccionales. Se entienden por tales los diferentes principios rectores de los di

ferentes procedimientos, civil, penal y contencioso-administrativo que garantizan el respeto a aquellos derechos y a la dignidad esencial de la persona humana. La sistematización se orienta hacia tres puntos: potestad de iniciar el proceso, principios de - estos mismos procesos, caracteres de las decisiones jurisdiccionales y notas o caracteres del organo jurisdiccional que, en cada caso, dicta estas resoluciones. (45 bis).

B.-Protección procesal como garantía de los derechos

1.-La noción de garantía.

La noción de garantía va unida a la dimensión de la eficacia en el Derecho. Un sistema jurídico tiende por su propia naturaleza a ser aplicado realmente en la comunidad en que nace y para la que nace. La faceta de eficacia que, acompañada de las de validez y la justicia tantas veces se ha traído a colación entre los filósofos del Derecho, expresa no sólo un síntoma de la existencia de una norma jurídica, sino una pretensión inherente a la propia aparición de la norma (46).

Por ello, podemos decir que, sin entrar en disquisiciones esencialistas, el Derecho se constituye como tal Derecho cuando pretende ser aplicado, y no solo cuando pretende acotar una parcela de lo "justo", ni solo -naturalmente- cuando viene justificado por un escalonamiento de normas que legitiman su derivación. (47).

Esta pretensión de efectiva aplicación y la realidad del -

cumplimiento de tal pretensión son aspectos inseparables de la - nota de efectividad propia del Derecho, y ello, hace que este te ma no sea sólo, y yo diría que ni siquiera preferentemente, un - tema de la sociología, sino, y sobre todo, el primer aspecto de la reflexión sobre la estructura interna del fenómeno jurídico (48).

Dentro de esta pretensión de aplicación efectiva, se inte- gra el tema de las garantías, que de este modo vienen a concebir se como las condiciones que hacen posible que una norma, o mejor un sistema jurídico, sean cumplidas o aplicadas, esto es, tengan efectiva vigencia. Tanto más "Derecho" será una norma o un siste ma jurídico cuanto más se preocupe de las condiciones que hacen posible su puesta en práctica por los sujetos a los que concier ne. Tanto menos "Derecho" o más ideología será una norma o un sis tema normativo cuanto menos tenga en cuenta en sus formulaciones, prevenciones o previsiones los hipotéticos requisitos que llevan a su cumplimiento.(49).

El tratamiento de las garantías de la eficacia del Derecho se convierte en un tema tan unido a la propia existencia del mis mo, que puede y debe convertirse en uno de los indeclinables con tenidos de la reflexión sobre el Derecho.

Establecido esto, es necesario dar un segundo paso. ¿Con qué faceta se vinculan primordialmente estas garantías?. Para respon der a esta pregunta hay que analizar los momentos lógicos y rea- les que constituyen la realidad operativa del Derecho (50)

Que el Derecho sea operativo, significa que se ponen en -
efectiva práctica los contenidos normativos. Esto es, que las -
pautas de conducta de los individuos se adecúan a los modelos -
que dibujan las normas jurídicas. Nos referimos calro está a las
pautas de conducta individual con relevancia social, que son las
que constituyen el terreno acotado de los jurídico.

Garantizar es asegurar que los individuos podrán poner en
acto sus facultades cumplirán sus deberes. Y porque el Derecho -
es esencialmente relación bilateral, con su doble faceta derecho
y deber, a ambas debe referirse la garantía como condición de po
sibilidad de su aplicación.(51).

Este enfoque supone pues que tanto interesa a la Ciencia y
a la Filosofía jurídica estudiar las condiciones de posibilidad
del ejercicio de un derecho, como aquéllas que ofrecen un marco
adecuado para el cumplimiento de un deber. Por ello, puede resul
tar unilateral atender a uno sólo de esos aspectos de nuestra re
flexión sobre el tema. Tal ocurre si nos preocupamos exclusivamen
te de estudiar cómo puede hacerse posible que un obligado cumpla
una norma (p.e.: por medio de la coacción legítima y legal) y no
atendemos a que también es necesario hacer posible el ejercicio
de los derechos o facultades por quien formalmente los detente.

Resulta así totalmente justificado, desde el punto de vis-
ta de la estricta Filosofía del Derecho, considerar como conteni
dos de su reflexión no solo las garantías jurisdiccionales (la
coacción legítima y legal en sus diversas facetas que se vincu-

lan a la aplicación del Derecho), sino también y a su mismo nivel reflexivo, las garantías fácticas (sociales, culturales, económicas y políticas), que se vinculan al cumplimiento, aunque pertenezcan a otro orden o género.

A todas estas consideraciones se añade el hecho de que, dado el carácter fundamental de los derechos de que hablamos, tanto por la relevancia de sus contenidos como por la extensión de sus posibles titulares, o incluso potenciales transgresores, resulta esencial para su propia aplicación o vigencia, la amplitud sociológica de su vigencia efectiva. Es necesario para estos derechos y su real eficacia, que el colectivo social a que atañen asuma de un modo vivido y consciente su existencia y exigibilidad, por un lado, y su respeto, por otro. La conciencia cultural, las posibilidades económicas, las alternativas sociales, y las realizaciones políticas determinan en este campo, como en ningún otro del Derecho, la intensidad de la propia existencia de los derechos vivos y actuantes.

Siendo todo esto verdad, es necesario, sin embargo, subrayar que en este trabajo no vamos a referirnos al estudio histórico de estas variables sociales, económicas, políticas y culturales cuya decisiva importancia no podemos sino subrayar continuamente. Otros trabajos, otros autores o quizá otros objetivos posteriores de quien esto escribe podrán, deberán desarrollar por extenso e integradoramente estos aspectos. Ahora sin embargo es necesario hacer una precisión metódica que tiene además una importancia material no desdeñable. (52).

Con ello se afirma que sin perjuicio de la crítica sociológica, en el mundo del Derecho existen elementos que coadyuvan a que sea eficaz, que propician su efectiva aplicabilidad, y por tanto sirven o no sirven a los fines que el Derecho debe perseguir: Y el que legisla, aplica, o simplemente cumple el Derecho, sabe que las reglas del juego jurídico son la piedra de toque, el síntoma, el contraste del deseo auténtico de que una norma y su contenido sean valores hechos realidad o simplemente ideales abstractos y puramente nominales.

Se perfilan así dos grandes ordenes de garantías jurídicas, aquellas genéricas o condicionantes que hacen posible en la realidad la existencia y la aplicación de los derechos, en especial, los derechos fundamentales y aquellas otras específicas, cuya presencia sirve para prevenir el respeto a estos por medio de la modificación coactiva de sus ineffectividades.

En definitiva, garantías del posible cumplimiento del derecho, y en el caso presente, del ejercicio de los derechos fundamentales, por un lado. Y por otro, y específicamente, garantías de la aplicación del Derecho, esto es, preventivas de las infracciones de tales derechos.

A este segundo grupo se va a referir el núcleo de este trabajo.

2.-Descripción de la protección procesal.

Nos enfrentamos temáticamente, así pues, con los modos técnicos

nico-jurídicos de garantizar la recomposición de las situaciones sociales contrarias a los Derechos Fundamentales o a cualquier otro derecho, por medio de una actuación coactiva, que, al encoerrear una sanción, producen, al tiempo, un efecto ejemplar preventivo de nuevas violaciones. A este tipo de mecanismos los llamamos garantías específicas. (53).

Lo característico de esos mecanismos garantizadores es que todos ellos ejercen un modo de coacción ordenado según unas líneas fundamentales coincidentes:

a) se adivina siempre la existencia de un órgano único pluripersonal que actúa como instancia crítica (esto es que examina y discierne) y decisorio (esto es que falla o resuelve).

b) ante quien acuden los justiciables (por propia iniciativa) y los acusados (a instancia de parte o de oficio).

c) con alegación de normas o principios, si no siempre claramente establecidos, en todo caso comúnmente admitidos.

d) y con sujeción a un modo de proceder uniforme al menos en sus líneas fundamentales.

Un mecanismo dotado de esas características es una institución. El problema o la discusión aparecerá cuando alguno pretenda para este tipo institucional el calificativo específico de jurisdiccional. (54).

De acuerdo con ello, si examinamos la historia del siglo - XIX, nos encontramos que instituciones de este tipo, esto es, - instituciones que dictan resoluciones intentando "ius dicere" en materias relativas a nuestro tema, no siempre se encuentran en - la esfera específica del llamado poder jurisdiccional o mejor di cho judicial, pues aunque ejreciten funciones "iuris dicentes" o jurisdiccionales, son o el poder legislativo (Cámaras: Senado, - Congreso, etc.) o el poder ejecutivo (Administración, Gobierno, etc.). (55).

A esto se une que la noción de la separación de poderes en aquel tiempo si bien ha sido ya formulada, e incluso ha pasado - al dominio de la "moda científica", no se ha desarrollado en pro fundidad, ni ha sabido afrontar su indudable problemática, como a su tiempo y en la medida necesaria iremos viendo a lo largo de este trabajo.

Y junto a ello, está la endeble construcción y práctica ca si nula de la actuación propiamente jurisdiccional en lo referente a los derechos públicos o a las controversias entre el individuo y el Estado (supuesto preciso en los enjuiciamientos de las - violaciones de lo que es, como derecho fundamental, también límite del Estado).

Por último, es necesario considerar que es precisamente es te siglo el que contempla la lenta gestación del conjunto de dog trinas, instituciones y procedimientos que encarnan el Estado de

Derecho. Gestación dura, difícil y creadora de ambigüedades y tanteos institucionales y normativos.

Todas estas razones, cuyo desenvolvimiento se deja para más tarde, con el complemento de otras que en su momento se aducirán, lleva a concretar que existen garantías específicas institucionales que no se agotan en las propiamente judiciales, y a las que habrá de prestar atención, no sólo en su aspecto de antecedentes histórico de aquéllas, sino como dotadas de sentido propio y peculiar, señalando además que esta calificación se justifica especialmente en el momento histórico que se examina.

He señalado más arriba que estas instituciones con función jurisdiccional diferente del poder judicial, pertenecen unas veces al poder legislativo, y otras al ejecutivo. Sin embargo, ello no quiere decir "a priori" y así lo veremos, que en el ejercicio de su función jurisdiccional se limiten a conocer los casos de violación de los derechos cometidos precisamente por miembros individuales o colectivos de su propia índole: esto es los órganos jurisdiccionales legislativos no sólo actúan cuando es el propio legislador quien conculca los derechos y correlativamente los órganos administrativos o ejecutivos. También conocen, en casos concretos, de violaciones cometidas por sujetos que se encuentran fuera de los ámbitos de su propia corporación: Así el Senado puede enjuiciar a particulares, como lo puede hacer, a su vez, la Administración o éste puede ser criticado jurisdiccionalmente por aquel.

A esta realidad responde la división de las garantías institucionales específicas en intrínsecas o extrínsecas. Esta terminología recuerda, y para algunos, puede constituir un remedo de la construcción de LOEWENSTEIN cuando habla de control intraórgano y control interórgano. (56).

La respuesta dada en este trabajo a tal cuestión tiene una base fundamental: la terminología de la Teoría de la Constitución se refiere a un supuesto precisamente de relaciones entre órganos políticos o en el seno de los mismos, pero en el caso de adoptar la perderíamos de vista la relación que puede existir entre tales órganos políticos, cuando adoptan tal función jurisdiccional y - los particulares.

Una vez más se pretende evitar una concepción de los derechos fundamentales como simples instrumentos jurídicos que agotan su esencia en su función de limitaciones frente al Estado. Los derechos fundamentales son algo más que eso, y su conceptualización, categorización y división debe responder a esa su naturaleza polivalente, y ajustarse adecuadamente a ella (57).

Como corroboración de este criterio adoptado en la clasificación, podemos detallar que existen en el siglo XIX español una serie de supuestos de garantía institucional específica no judicial como son:

a.-Las funciones jurisdiccionales del Senado. Este cuerpo

legislador tuvo tales funciones bajo la Constitución de Bayona, y con misiones intimamente vinculadas a los derechos fundamentales, como se verá más tarde. Estas misiones se recogen parcialmente en 1.812 con la Junta Suprema de Censura, y a finales de si glo en el proyecto de Constitución federal, como Tribunal de Constitucionalidad de legalidad ordinaria. Al mismo tiempo, y con cacter de Tribunal corporativo para el enjuiciamiento de determinadas personas se introduce en 1.837, mateniéndose en las Constituciones de 1.845 y el proyecto de 1.856.

b.-Las Comisiones de casos de responsabilidad. Esta institución, cuya exacta cualificación habrá de tener un desarrollo más extenso con posterioridad, supone otro ejemplo de la visión "re-lativista" de la jurisdicción, entendiendo por tal relatividad - un espécimen de la lenta maduración del concepto de jurisdicción en nuestra Patria, que se da precisamente en los casos en que se violan derechos fundamentales formulados por la Constitución de 1.812.

En todo caso, hemos de concluir que el concepto de la pro-tección procesal que formalmente vamos a utilizar en este traba-jo se refiere al procedimiento por el cual, cualquier individuo o grupo de individuos pueden provocar la actuación de un órgano estatal soberano, que, de modo eficaz, funcionando de un modo - previamente establecido y congruente, produce la modificación de una situación no conforme con los derechos, reconocidos por la - norma, y violados por cualquier sujeto que esté dotado de poder o que esté desprovisto de él.

3.-La protección procesal de los derechos fundamentales.

No es ningún descubrimiento para cualquier persona medianamente preocupada por estas materias que, dentro del tratamiento de los derechos fundamentales, constituye hoy el tema de su protección uno de los más candentes. (58).

Y quizá más que en ningún otro punto, la literatura hispanoamericana tiene a este respecto una gran incidencia (59). No sólo porque se trata de un tema en el que la riqueza de instituciones concretas ha hecho florecer su comentario y discusión, sino porque como se demostrará en parte en este trabajo, la tradición hispánica de la protección de los derechos fundamentales (60), y en general, la concepción práctica de que no hay posibilidad de derecho sin su correspondiente institución jurisdiccional tuitiva, forma parte de la conciencia ético-jurídica más arraigada en nuestro propio estilo.

De toda la literatura existente podemos observar que las diferentes orientaciones existentes sobre la materia coinciden casi con exactitud con los diferentes países o grupos lingüísticos de países. Esto viene a exponer por vía de constatación casi plástica la relatividad de las soluciones que se han adoptado hasta ahora en el campo de la protección procesal como tema de reflexión regional en la globalidad del que corresponde a los derechos fundamentales (61).

Efectivamente, las orientaciones correspondientes a la doc

trina alemana (62), tienen muy presente los precedentes históricos de la jurisdicción constitucional, política y administrativa, en cuyo seno entra de lleno la problemática de la legitimación y el problema del interés directo. Esta visión ha suscitado una serie interminable de precisiones, en su número, y fecundísimas, - en sus observaciones, sobre la falibilidad del fundamento del de recho subjetivo sobre el que la ciencia y la teoría decimonónicas han basado tal protección procesal. La literatura italiana (63), que ha recogido con un cierto retraso, pero no con menos ardor - tanto las instituciones constitucionales de jurisdicción, como - las cuestiones teóricas que se desarrollaron críticamente en la teoría alemana, han unido a ello, la amplia tradición procesal ista, enriqueciendo de un modo muy sugestivo esta meditación.

La literatura francesa es generalmente más práctica, y - procura desembarazarse de una muy pdre tradición de recursos constitucionales, y ofrecer su amplia reflexión histórica sobre las doctrinas del abuso de poder, y la evolución cada vez más perfeta de las instituciones jurisdiccionales frente a la Administración, y los instrumentos de unificación de la jurisprudencia (64). Quizá sean estas razones las que aún hoy hacen pervivir alguno de los rastros de la fundamentación tradicional de la protección procesal criticada en otros sectores doctrinales europeos.

La literatura inglesa y anglosajona se preocupa sobre todo por la protección a nivel internacional (65), y coincide en ello con los esfuerzos de la teoría de los países del oriente europeo, que en su práctica interna se mueven entre la prehistoria de la

protección procesal -tal y como la viven los Poderes públicos en estos países- y una visión demasiado militantemente individualista de tales libertades. Los instrumentos teóricos que los sectores disidentes utilizan, son, en buena parte, aún muy toscos, y no han asimilado -salvo en casos aislados- los elementos indudablemente positivos que su historia socialista podría inducir. Los casos de teóricos como SZABO o VASAK (66) son importantes excepciones a estos reproches.

Con todo ello, se quiere reflejar en este trabajo, la inmadurez que aún presenta esta reflexión sobre la protección de los derechos fundamentales. Se dan a este respecto las siguientes -constataciones:

1.-La construcción de los supuestos teóricos de la protección de los derechos fundamentales ha planteado en épocas recientes, como ya se ha indicado, la profunda revisión a que está sometida toda la teoría y fundamento de los mismos derechos fundamentales. La quiebra de las teorías del derecho subjetivo, del derecho público subjetivo, del derecho natural o de las libertades públicas, y su lenta y progresiva sustitución por categorías como la teoría de los valores, la teoría institucional, la del estatuto de los gobernantes, la de las situaciones y relaciones jurídicas, se han ahondado por la reflexión sobre los problemas que suscita la posible protección procesal de los derechos y libertades de carácter social, cultural, económico, cuyo denominador común es un cierto tono pragmático.

Es ésta la dificultad común a estas cuestiones. No la posibilidad de la construcción de un sistema de protección adecuado, sino la elaboración de una eficaz y operativa sistemática jurídica. Los derechos no se encuentran protegidos procesalmente porque no se acaba de recortar el estatuto de los sujetos de tales derechos, que, sin este eficaz estatuto, permanece en la indefinición de un propósito o programa político más que en la concreta articulación de un auténtico derecho. (67).

Junto a esta indefinición, se plantea, en este campo, un tema que ha de ser objeto de reiterados análisis cada vez en mayor profundidad de una categoría esencial para la protección procesal. Se trata de la legitimación. Como veremos en su momento, en este concepto se encierra el tema de mayor enjundia ética y política de todo el Derecho procesal. Pues bien, hemos de constatar, al presente, que la relación de este concepto con el de "interés legítimo" ha sido otro detonante de la polémica sobre el fundamento de los derechos fundamentales.

2.-Sin embargo, junto a esta constatación, hay que hacer presente también una unánime convicción, y es la necesidad de que los derechos fundamentales adquieran la perfección jurídica que significa su alegabilidad ante los Tribunales, siempre que aquellos sean desconocidos por cualquier persona. (68).

Esto es, no sólo de un convencimiento teórico de la importancia de tal protección, sino del análisis histórico de su efectividad a lo largo del tiempo. El propósito de este trabajo va a

ser precisamente descubrir cómo en el siglo XIX español los derechos fundamentales van a constituir principios fundamentales de la convivencia política de los españoles únicamente cuando se va a reglamentar, del modo más circunstanciado posible, su posible defensa jurisdiccional. (69). Como se verá, las más importantes batallas de orden político, entre los diversos proyectos globales de convivencia, con vigencia en el siglo que nos ocupa, se van a plantear en torno a la mayor o menor concreción de la accesibilidad de los particulares a la defensa jurisdiccional de los ataques que a sus libertades puedan plantear no sólo los particulares, sino sobre todo el Poder político, en sus diversas manifestaciones.

La historia nos va a enseñar, que no sólo se produce una evolutiva y progresiva aparición de nuevos supuestos de derechos fundamentales, sino, especialmente, una creciente juridificación de las relaciones entre Estado y particular, en todos los campos de la vida social, pero precisamente comenzado por los temas vinculados a los derechos fundamentales.

3.-Es esta una tercera constatación: aunque hoy en día no podamos ceñir el campo de la defensa procesal a las relaciones Estado-individuo, la historia del siglo pasado resulta especialmente interesante en este aspecto. Gracias a la ya anunciada progresión en la defensa jurisdiccional de los particulares frente al Estado, los actos de este que constituyen ese amplio campo de la discrecionalidad -propio del Antiguo régimen- se van a ir reduciendo hasta los niveles que son los propios de los comienzos de nuestro siglo.

Al hacer un especial énfasis en este análisis, no queremos alinearnos entre los que mantienen una posición de limitar la - problemática de la violación de los derechos humanos -y por tanto de las soluciones a aquélla- al campo de las relaciones particular-poder, que ya se ha denunciado como incompleto, y aún ha - de hacerse así a lo largo del trabajo. Lo que sí se tratará de - demostrar es que las líneas de esta evolución pueden resultar -en un análisis de las cuestiones más modernas sobre los derechos y su problemática- significativa e iluminadoras para posteriores - análisis. Se estima en este trabajo que toda violación de un derecho fundamental supone generalmente por parte del violador una especial situación de prepotencia física o moral, sin la que es casi imposible la existencia de la violación de un derecho, que es, por su fundamentalidad, valor y principio recto de convivencia (70). Este trabajo anima a intentar aplicar los instrumentos de análisis de la "juridificación" del Estado, a todo grupo de - poder o presión fáctico, cuya factualidad no será siempre combatible con el fin de su destrucción, sino con el más alto -al entender del autor de este trabajo- de su "juridificación". En la firme convicción de que los poderes fácticos que no resistan tan importante transformación sólo serán dignos, entonces sí de su - desaparición. (71).

Planteado el tema desde esta perspectiva, es casi innecesario prevenir sobre el tipo de análisis que se va a hacer -una vez delineados estos supuestos teóricos previos-, que consistirán en descubrir en cada uno de los derechos fundamentales consagrados por la norma fundamental u ordinaria vigente en cada momento del pasaje

do siglo, sus internas posibilidades de ser alegado como supuesto de derecho en una reclamación ante la violación de tal derecho.

Este análisis, va a tener, según se puede prever, dos consecuencias: no solo nos va a permitir conocer cuál es el estado técnico-jurídico de la protección procesal de los derechos, sino que también vamos a conocer, en la realidad, cuál es la visión y la auténtica intención de los diferentes tipos de legisladores y gobernantes españoles decimonónicos en torno al respeto verdadero de los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos.

Después de ello, será necesario analizar los contenidos concretos de los instrumentos específicos de defensa de las libertades fundamentales, si es que existen, y en la medida en que estén desarrollados. Esta preocupación, por otro lado, nos va a llevar a una importante constatación: la defensa de los derechos fundamentales, en el orden procesal, no puede diferenciarse, ni siquiera temáticamente, del desarrollo de la defensa procesal en general. Llegaremos aquí por la vía del análisis histórico a una conclusión, a la que también por otras vías, han llegado otros autores (72), y es la indisoluble unidad existente, a la hora de investigar, entre el análisis de la protección procesal específica de los derechos fundamentales con el de el proceso en general como manifestación jurídicamente cualificada del respeto a tales derechos. A este punto nos referimos a continuación.

4.-La protección procesal como derecho fundamental.

El derecho al proceso justo no es sólo una de las exigencias

del correcto funcionamiento del sistema global de la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales, sino que desde momentos liminares de la filosofía de tales derechos, constituye un presupuesto del nuevo régimen liberal y democrático, que fundamentan tales derechos (73).

La constatación empírica de que las más importantes declaraciones modernas contienen este derecho (74) debe unirse a la casi unánime posición de los tratadistas en esta materia. Precisamente por ello, en este trabajo, no sólo se ha querido tratar de los mecanismos procesales específicos de defensa de los derechos fundamentales, que, por otra parte, son muy germinales y quizá no justificarían un trabajo de una cierta extensión y profundidad, sino que se ha querido globalizar la defensa del derecho en el ámbito jurisdiccional, llegándose a una triple conclusión:

1.-El hecho de que la disciplina de la defensa de las garantías fundamentales muestre un entronque necesario con la defensa de cualquier derecho arguye en favor de una cierta homogeneidad cualitativa entre el concepto de derecho fundamental y cualquier otro concepto de derecho, situación, interés o institución jurídica a la que el ordenamiento concede protección. Se manifiesta una vez más aquí lo justificado de que el tema presente signifique un punto de reflexión insoslayable para la reflexión global sobre el Derecho.

2.-La investigación histórica va a demostrar algo que, a par

tir de este momento, va a constituir un "leit motiv" del presente trabajo. Se trata de comprobar que las sucesivas mejoras técnicas en el proceso son precisamente aquéllas que hagan a este conjunto de instituciones más sensibles a las exigencias de la dignidad, la libertad y el desarrollo pleno de la persona humana y de las colectividades que forman una comunidad determinada. (75).

3.-Hay una tercera consecuencia, que se asume en este momento como posible hipótesis interpretativa, y cuya confirmación solo puede venir al final del trabajo. En ese momento también deberá ser formulada, si es que se justifica, con la provisionalidad de algo que necesita contrastarse con otros esfuerzos posteriores de análisis empírico. Se refiere a la impresión de que la protección de los derechos fundamentales no constituye una serie de instituciones aisladas de carácter puntual, bien sean específicos o genéricos, sino que tiene un marcado carácter sistemático u holístico.

Dicho de otra manera, no se puede concebir la existencia de una adecuada protección de los derechos fundamentales, si no existe todo un sistema de protección procesal con una serie de elementos comunes, que deben darse como exigencia en este sistema.

Efectivamente, el examen histórico de las "instituciones" específicas de protección de los derechos fundamentales, inducen una sospecha que hemos de recobrar en su momento y que presenta esta alternativa:

a) o son instituciones que han nacido para los derechos fundamentales antes de poder aplicarse a cualquier otra situación, -relación jurídica o derecho que carezca de este caracter ideológico.

b) o son instituciones cuyo régimen "especial" supone una cierta visión recortadora del derecho de que se trata, que el poder político estima peligroso para sus intereses el hecho de "dejarlo" al libre juego de la protección procesal general.

La experiencia más reciente en nuestro país, en épocas de regresión de determinadas libertades así nos lo ha demostrado. - Como ejemplo del primer caso, podría aducirse el ejemplo de la -responsabilidad civil del Estado -pieza importante de la defensa global de los derechos fundamentales- que en la experiencia jurídica más reciente solo nace al hilo de la legislación limitadora del derecho de propiedad, en la regulación de la expropiación forzosa. Como ejemplo de la segunda alternativa, se encuentran las complejas y "politizadas" jurisdicciones especiales, precisamente de especial aplicación a supuestos de ejercicio de derechos y libertades públicas, como son la de expresión, prensa, imprenta, así como las de reuniones y asociaciones.

A lo largo del trabajo que sigue, quizá puedan rastrearse la inoportunidad de tales especialidades, por medio de la comparación de diferentes sistemas de regulación que acepten o rechacen esta especificidad. Con ello, podríamos concluir que existe una necesidad de política jurídica de uniformar los tratamientos pro

cesales de todo derecho, con la única excepción de tratar de evitar por medios extraordinarios defectos estructurales de la acción procesal. Tal sería el caso de que la normativa especial procurara obviar la excesiva dilación en el conocimiento de determininadas violaciones de garantías fundamentales por medio de procesos más rápidos, baratos, y eficaces, aunque tales adjetivos deberían ser el calificativo normal de cualquier proceso.

En atención a todo lo dicho, mence la pena extraer un mínimo común denominador de la protección procesal, y tratar de construir alrededor de él todo nuestro análisis. Un concepto suficientemente comprensivo y significativo que pueda ser el centro de la investigación, y cumpla en la teoría aquella necesidad sentida en la práctica de unificar sistemáticamente el tratamiento del tema que nos ocupa: la protección procesal y los derechos fundamentales.

Evidentemente, este concepto existe, es el de derecho a la jurisdicción y a él hemos de referirnos a continuación, recogiendo las más recientes y brillantes aportaciones de la teoría general del Derecho Procesal y de tratadistas como FAHREN, OLIVA, ALMAGRO, etc....

a.-El Derecho a la jurisdicción.

En atención a todo lo que llevamos dicho, se ha de establecer que el derecho a la jurisdicción es la noción central de la protección procesal y el quicio de su entronque con los derechos fundamentales.

De todos los planteamientos que la doctrina procesalistas ha dado a esta categoría, se estima que la más coherente con los supuestos previos a que ha llegado el autor de la presente tesis, y que aparece confirmada, como veremos en el análisis histórico posterior es el mantenido por el Prof. ALMAGRO NOSETE, en su artículo "El libre acceso" como derecho a la jurisdicción" en la - Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, volumen XIV, Madrid, 1970, num. 37, págs. 95 y ss. y en cuya orientación se alinea MONTERO AROCA, en su obra citada, como recoge el prof. RAMOS. (76).

Trataremos de exponer esta posición, asumiéndola y concretándola al tema de esta investigación señalando, ya desde su inicio la indudable fuerza sugestiva para todos los que debemos reflexionar globalmente y con cierta profundidad sobre el tema del Derecho, y la conveniencia de un amplio diálogo interdisciplinar entre los Filósofos del Derecho y aquellas preocupaciones de los procesalistas de las que es prueba y testimonio el trabajo del - prof. ALMAGRO.

Precisamente porque el derecho a la jurisdicción plantea - una serie de conceptos básicos del Derecho procesal, y una profundidad que trasciende las fronteras sistemáticas de tal disciplina.

El primero de los conceptos concnrenidos es el de acción, - en sus diversas y múltiples acepciones a que ha dado lugar la larga disputa teórica nacida con la aparición misma del Derecho procesal como Ciencia. Pero junto a ello, y cuando el fenómeno de

búsqueda de los fundamentos ha llevado a tal Ciencia a un ahondamiento de sus raíces, se ha visto como necesario integrar en ella, otros conceptos o concepciones igualmente básicos que han hecho aún más compleja esta elucidación. Tales son la conexión de la - actividad procesal con existenciales humanos, o con los supuestos básicos de la convivencia política, como ha ocurrido con la pretensión de vincular el origen del derecho a la jurisdicción en el - derecho de petición. (77).

La definición que da ALMAGRO de este derechos es "derecho de caracter medial que permite la defensa jurídica de todos los derechos, mediante un proceso garantizado, decidido por un órgano jurisdiccional". (78).

b.-Caracteres del derecho a la jurisdicción.

1º) Con ALMAGRO, habrá de señalarse que el primer caracter de este derecho es su vinculación a un existencial humano de profundas raíces: la autodefensa. La dimensión antropológica de este existencial testimonia la profundidad del fenómeno jurídico. El Derecho es necesario porque supone una forma superior de defensa del individuo y los grupos, de autodefensa en la que la dimensión comunitaria se convierte en mediadora necesaria, correspondiendo así además a otra nota antropológica esencial. El fin de la seguridad en el Derecho, y la coactividad congruentemente elícita de aquélla se legitima al proceder de instancias sociales. (79).

Ello "exige un órgano imparcial y exige un debate". En este aspecto se manifiestan nuevamente dos aspectos esenciales al hombre, la puesta en marcha de un mecanismo antropológico específico complejo -radicado en el "logos"- en el que el individuo obtiene de la comunidad un comportamiento activo y eficaz. Así la comunidad no sólo sustituye ventajosamente al impulso difícilmente autolimitable por el propio afectado, sino que satisface además la necesidad de intercomunicación social que siente tal individuo.

Este es el fundamento último de la esencialidad antropológica de la actividad procesal, que ha llevado a considerarla como derecho fundamental de la personalidad, y su consiguiente entrada en el mundo de los valores políticos supuestos de la convivencia civilizada.

El reproche que se puede plantear de que "esta doctrina no rompe definitiva y totalmente con el derecho material, porque la defensa jurídica hay que referirla a derechos y si estos no existen ¿qué es lo que se habrá defendido?" (80), viene contestado en parte por ALMAGRO al hablar de "derecho medial" (81), y al parangonar esta dificultad con el caso de la legítima defensa ejercitada por quien no se encuentra efectivamente legitimado. (82).

A ello, se podría añadir desde el punto de vista antropológico que en la autodefensa, como existencial que es, el elemento pulsional o impulsivo tiene que recibir el refuerzo ascético de

la razón, que selecciona de todas las institutividades autodefensivas las que son capaces de adaptarse con más "justeza" a la realidad. (83).

Esta instancia crítica de la razón, que debe ser puesta en práctica por el individuo en situaciones críticas para considerar que pauta de su conducta es legítima defensa y cuál es abuso, viene sustituida en el derecho a la jurisdicción por la instancia crítica racional del organismo jurisdiccional.

De todas maneras, el caracter medial, puesto de relieve por ALMAGRO, supone una cierta vinculación al menos potencial con el derecho material (84), que por otro lado tantos quebraderos de cabeza han producido a los procesalistas. Por ello merece la pena considerar este tema como un paso más en la determinación del derecho a la jurisdicción.

2º) Son dos cuestiones las que deben plantearse, y así lo hace ALMAGRO (85), en torno al problema de la categorización jurídica de esta posibilidad abierta a los ciudadanos para exigir el despliegue de la función jurisdiccional: su vinculación con el derecho material, y su caracterización como derecho, facultad, poder o potestad. Ambas cuestiones están muy vinculadas.

Quienes defienden una teoría de la acción, o derecho a la jurisdicción como simple correlato o derivación del derecho material (86), vinculan férreamente ambos conceptos y atribuyen a la acción el caracter de "facultad" de un derecho.

Los que defienden una teoría abstracta de la acción (87) - naturalmente frente a quienes piensan que la acción es el derecho a obtener una sentencia, aunque sea injusta- piensan que el derecho a la jurisdicción es un medio para ejercitar los poderes que al individuo concede el derecho material, que "se apoya en una - razón de defensa de los propios derechos subjetivos que ha, sin embargo, de considerarse abstracta de su fundamento, en cuanto - que es imposible resolver instantáneamente lo que precisamente es cuestionado, o sea, la existencia o la insatisfacción de cualquier derecho. De ello se deduce la no contradicción en concebir este poder en un derecho. La dificultad que planteaba la diferenciación de "agere licere" caracterizado por algunos como mera facultad, y el "iubere licere", como derecho ha sido ampliamente contrastada por SENTIS, y recogida por ALMAGRO, (88).

El problema que plantea esta nítida aunque matizada postura no significa una ruptura total con el derecho material que adviene así, en acertada expresión de ALMAGRO, un "prius" lógico, (89), sin necesidad de acudir a las agudas, pero a veces demasiado alambicadas construcciones de OLIVA, en su libro reciente (90). Se trata, como recoge ALMAGRO, de "concepciones, más que abstractas, diríamos formales, que constituyen nociones jurídicas de refinada técnica: una invención necesaria para salvar la aplicación de las normas de derecho material, que como tales suponen, también, una abstracción....convenciones aceptadas en orden a la pacífica convivencia, (que) obliga a no olvidar el fin último de estas construcciones instrumentales, que no es otros, que un fin de justicia y, en último extremo, de defensa de la personalidad" (91).

Tampoco cabe, a nuestro entender, la posición -por tantos conceptos valiosa y así lo veremos- de COUTOURE que al hacer derivar el derecho a la jurisdicción del derecho general de petición, argumenta que "el derecho de petición no pregunta por anticipado al actor si tiene o no razón para poner en movimiento a la jurisdicción". Tal argumentación sería irreprochable si la deducción defendida fuera correcta. (92).

3º) La posición de COUTOURE tiene el mérito -ya señalado- de imposter al tema del derecho a la jurisdicción en el terreno de los valores axiológicamente indiscutibles por formar parte del acervo plasmado en la Constitución. Se trata de descubrir por debajo de esta afirmación, el carácter político -en el sentido ya delimitado- del proceso y la defensa procesal. Sin embargo, creemos con ALMAGRO, que "no es posible asimilar el deber de impartir justicia que corresponde a los órganos jurisdiccionales, con el deber de informar, remover obstáculos administrativos, atender a reclamaciones, en vía de gestión, oír proposiciones o sugerencias o recibir quejas, que caracteriza la actuación de otros órganos del Estado no jurisdiccionales en relación con aquel derecho de petición". (93).

Este planteamiento, compartido por FAIREN (94), se va a ver corroborado en la experiencia histórica decimonónica, en el instituto de la existencia de responsabilidades ante las Cortes doceañistas, y que, aunque nació como un subtipo del derecho de petición, veremos que pronto abandonó aquel carácter, precisamente, en cuanto los legisladores se dieron cuenta de que la misión re-

querida por las circunstancias político-jurídicas no se ajustaban a tal finalidad, sino que era precisa una auténtica instancia jurisdiccional, incluso rompiendo con la rigidez del principio de separación de poderes. (95).

c.-La medida del derecho a la jurisdicción: la legitimación.(96).

Este tema es el que, como la experiencia histórica nos demuestra, se ha teñido de mayores caracteres políticos. La organización de la legitimación significa de hecho, y lo ha significado a lo largo del siglo XIX, el tema que más se ha prestado -sin que sea el único- a la manipulación política. Y esta vez la palabra se carga del más peyorativo contenido semántico. Las dificultades del acceso a los Tribunales -como decimos independiente de otras trabas que en su momento descubriremos- se ha centrado en -una selección de requisitos, en algunos casos, de enorme dificultad, para llenar adecuadamente este elemento sustancial preliminar de fondo, en expresión de FAIREN. Merece la pena, por ello,- dedicar algunas líneas a su significado.

La extensión de la legitimación vendrá determinada por los diferentes momentos que hemos examinado como constitutivos del -derecho a la jurisdicción. La fidelidad con que la legislación positiva recoja en cada momento estas exigencias dará idea del respeto que para el Poder merece este derecho fundamental, que, con el carácter de medial, es de presencia indeclinable en un sistema jurídico basado en el respeto a los derechos fundamentales.

a'. - Legitimación y autodefensa.

Si la autodefensa es un existencial, que constituye el último fundamento de la defensa jurisdiccional, no cabe decir, sino que en primera aproximación la legitimación, que es la medida de esa defensa, no puede tener ninguna cortapisa. Legitimación en el orden procesal es un presupuesto de todo individuo dotado de capacidad de obrar. Nada debe limitar esta capacidad. Debe existir en este punto un régimen tal que rechace por definición todas las representaciones legales que no sean sino las impuestas por las mismas razones que se imponen a la capacidad de obrar. Y cuando las limitaciones desaparezcan, por un efecto parecido al que los civilistas atribuyen a la propiedad, denominado elasticidad, la plenitud de la aptitud procesal debe reintegrarse al sujeto.

Este aspecto parece obvio. Y así debería haberse consignado en las leyes del XIX.

Nuestra observación nos llevará a concluir que no es así. Resulta sintomático que si bien las leyes procesales decimonónicas regulan muy pormenorizadamente los requisitos y condiciones de la competencia (que es la medida de la jurisdicción), las condiciones de la capacidad jurídica, etc...no se refieran, ni siquiera de pasada a dar una descripción genérica del concepto de legitimación.

La realidad es que esta falta no significó la existencia de una limitación ostensible de esta exigencia en la práctica jurisdiccional.

diccional del XIX. Pero su indefinición produjo algunas desviaciones de este principio, que parecía universalmente admitido - en la doctrina jurídica española, que hubieran podido evitarse de existir una paladina declaración al respecto.

Así la extraña representación procesal universal del liberto, hasta 1.880, el régimen de la mujer casada, o la adscripción de la legitimación para reclamar derechos civiles al alcalde de determinadas comunidades vecinales, en las que inicialmente se - atribuía este derecho a cualquiera de los participantes en el de recho reclamado.

b'. - Legitimación y derecho material.

Se plantea en este punto, y durante todo el siglo XIX de - modo eminente el aspecto de la eficacia operativa de las normas jurídicas.

El problema no se plantea en el orden civil, en el que, co mo indica ALMAGRO (97), existe desde comienzos del XIX un claro "reconocimiento de una disponibilidad sobre el pronunciamiento de fondo, en favor o en perjuicio de quienes, como sujetos activo o pasivo de las relaciones jurídicas, objeto de controversia, sean titulares aptos de las consecuencias jurídicas pretendidas". Tras ello siempre que se tenga en cuenta el peculiar régimen de repre sentación de las comunidades municipales a que acabamos de hacer referencia más arriba, y que no es un caso de representación de persona jurídica, pues se parte de una situación mantenida hasta 1840, en que se otorgaba legitimación a cualquier comunero.

El problema ayer y hoy se encuentra "en los procesos donde las normas que se intentan aplicar son de naturaleza preferentemente pública y donde, los intereses jurídicos protegidos, como consecuencia de la acción refleja de las normas, alcanzan un particular relieve". Así el tercero ajeno pero interesado en el cumplimiento de determinados deberes por parte de la Administración, en la declaración de la ilegitimidad de determinados actos administrativos, incluso normas generales, o simplemente en concretas relaciones jurídicas en las que no está directamente concernido, puede verse legitimado, por la declaración normativa, para la iniciación de un proceso.

A este supuesto es al que casa perfectamente el concepto de derecho subjetivo reaccional, al que nos hemos referido varias veces en este trabajo.

La perfección del sistema jurídico del XIX no llega a estos extremos. Es más, existen y así la vamos a constatar, supuestos de derechos reconocidos a los particulares por la legislación, incluso fundamental, a los que se priva de legitimación para incoar procesos explícitamente jurisdiccionales en defensa de las violaciones que puedan sufrir, cuando éste procede de órganos dotados de poder. La historia del proceso contencioso-administrativo, o la exigencia de responsabilidades penales a los funcionarios, o civiles a los organismos administrativos va a ser un lento y no siempre progresivo camino hacia su reconocimiento.

No se puede decir que en el siglo XIX, la doctrina del derecho

cho público subjetivo no haya constituido un avance, cuya virtualidad debe hacer pensar a los que hoy en día se empeñan en desacreditar esta doctrina. Si es necesario superarla, lo será asumiendo los valores que supuso para un momento del desarrollo jurídico y para la efectividad de la protección de los ciudadanos. Aún hoy, y las de GARCIA DE ENTERRIA son buena prueba de ello, - pueden constituir el límite mínimo de toda construcción, que quiere evitar a toda costa la discrecionalidad y su corolario históricamente constatable, la arbitrariedad.

c'.-Legitimación interés políticamente protegido.

De todo lo afirmado, ALMAGRO, extrae una inequívoca consecuencia: "el innegable carácter "ius"-público de la legitimación y el fuerte contenido político que puede inspirar la regulación del tema". (99). Hasta en el mismo campo de lo civil descubre este aspecto: "es el juego del principio de autonomía de la voluntad y del pleno reconocimiento de la defensa y el ámbito peculiar de los derechos subjetivos privados, lo que determina la selectividad de los sujetos a quienes se reconoce como legitimados". Nuevamente aparece aquí la figura del alcalde legitimado privilegiado de una comunidad dominical civil privada, a que se ha hecho - referencia.

"Pero en materia penal y contencioso-administrativa, la tónica política aflora a la superficie y adquiere tono polémico".

Efectivamente, en materia de derechos fundamentales, ¿có-

no podemos considerar neutra una determinación de la legitimación, tan amplia p.e. en la posibilidad de iniciar procesos por abuso de esta libertad?. Su recortada efectividad, a veces nula, en la interposición de actuaciones procesales contra los actos discrecionales, a veces teñidos de dolo, del poder político, supone el carácter ideológico de este concepto.

La legitimación sirve efectivamente a los intereses políticos en cuanto olvida los dos principios señalados más arriba. Tanto en el sentido activo, como en el pasivo. ¿Qué sentido puede tener a esta luz la necesidad de autorización para el procesamiento de un funcionario o la imposibilidad de alcanzar una indemnización por actos maliciosos de la Administración, si no se logra establecer un culpable imputable con arreglo a las estrictas normas del enjuiciamiento penal?.

Cuando tengamos ocasión de examinar la gran transformación de estos procesos a lo largo del siglo XIX comprobaremos la sabiduría técnica de nuestros juristas decimonónicos puesta siempre por desgracia al servicio del Poder.

En definitiva, si algún punto mercede la reflexión global e interdisciplinar de la Filosofía del Derecho en el campo de la - defensa jurisdiccional de los individuos en este tema de la legitimación, que ^{el} ofrece un campo abierto a la investigación, la sistematización, y por qué no decirlo, a la creación.

d.-Requisitos del derecho a la jurisdicción: presupuestos y elementos específicos.

El corolario de todo lo dicho es la distribución sistemática de la investigación histórica que se va a emprender.

Es necesario en primer lugar establecer con detención lo que ALMAGRO llama "prius" (100) lógico del derecho a la jurisdicción: el supuesto normativo.

En ese sentido van a ser examinadas todas las declaraciones de derechos fundamentales, sean materiales, sean jurisdiccionales, no sólo en las fórmulas constitucionales, sino también en su desarrollo legal ordinario. Y su examen tendrá una cualidad específica: considerar hasta que punto tales formulaciones normativas suponen una posibilidad de constituir norma alegable en juicio. Esta óptica formal presenta una cierta originalidad, y debe comportar no sólo su examen legal, sino fundamentalmente el espíritu que anima a sus redactores en el momento de su redacción.

Tal investigación, excusa decirse, tiene una gran importancia para el futuro desarrollo de una global Historia de los Derechos Fundamentales en España. En ese sentido, los trabajos parciales aparecidos hasta ahora sobre concretas libertades ha de servir de ayuda a esta investigación, y en todas ellas habrá de ponerse al acento en este aspecto original de su virtualidad jurisdiccional, que es la finalidad del trabajo.

Este puede ser la justificación de la amplitud de este te-

ma, que lógicamente puede extrañar a los que-sin estas prevenciones- entren en él con la conciencia de que se enfrentan con un - simple presupuesto. La verdad es que al analizar tal presupuesto podemos calibrar con mayor exactitud el espíritu que anima al sistema de protección que deberá ser objeto de análisis posterior.

Efectivamente, el proceso en sus tres momento de iniciación iter procesal y sentencia y la organización del poder jurisdiccional, constituirán el objeto de otro capítulo de la investigación. En el se reseñarán los principales principios y exigencias contenidas en la regulación legal del sistema tuitivo jurisdiccional tanto civil, como penal o contencioso-administrativo del siglo - XIX. Este análisis no tendría justificación alguna sin la detenida exposición de las fuentes legales, que en los dos capítulos anteriores se haga.

Con ello preparamos también el camino del quinto y último capítulo que se enfrentará precisamente con los casos límite que plantea la "politización" decimonónica del proceso: los casos de violaciones de los derechos fundamentales por el poder legislativo o administrativo. Los gérmenes del control jurisdiccional de poder legislativo, y el más desarrollado del poder ejecutivo serán objeto de este especial análisis.

NOTAS

- (1) Los programas y los textos de todos los grupos docentes de esta Facultad en las asignaturas de Derecho Natural y Filosofía del Derecho tratan este tema. Así los Profs. RUIZ JIMENEZ (Parte III de sus dos programas) ASIS GARROTE (lecs. 29 y 30 de Dº Natural y Lc. 21 de Filosofía del Derecho) FERNANDEZ GALIANO (lecs. 10 y 11 de Derecho Natural) PECES BARBA (lecs. 19 a 23 de Dº Natural) etc...
- (2) Independientemente del tratamiento que, de hecho, realizan -tratadistas de diferentes materias, ha afrontado este hecho, con una finalidad de demostrar la "inter-disciplinariedad de esta materia, Robert PELLLOUX, L'étude des droits de l'homme doit être interdisciplinaire, y A human rights theory of law. Prolegomena to a methodology of instruction o Janos TOTH, Les droits de l'homme et la théorie du droit. Todos ellos en "Revue Cassin Amicorum Discipulorumque liber. IV Méthodologie des droits de l'homme.
- (3) Como paradigma de esta posición, se encuentra la del Catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, desaparecido, Francisco ELIAS DE TEJADA Y ESPINOLA, en manifestaciones formales al autor de esta tesis; o la incidental afirmación sobre la vacuidad del esfuerzo que supone la reflexión en torno a estos temas desde esta perspectiva, tal y como la recoge RODRIGUEZ ARAMBERRI, en su trabajo, "Las limitaciones de materialismo dialéctico" (En Sistema nº 5, pág. 41) Cfr. así mismo PECES BARBA, Libertad, poder, socialismo, Civitas, Madrid, 1978, pág. 182 ss.
- (4) Las evidentes dificultades teóricas en torno a estos conceptos -y su relevancia y situación de límite en el mundo del Derecho- han originado un cierto "espíritu" de desprecio hacia su construcción teórica, cuyo exacto origen es muy difícil determinar. En todo caso, no deja de tener gran relevancia aún en la actualidad las palabras de PECES BARBA, que recoge y subraya Elías DIAZ "Quizá el problema sea ya mucho menos la justificación teórica que la búsqueda con imaginación de caminos prácticos para plasmar esos criterios de justicia que supone la filosofía de los derechos fundamentales." (En "Sistema", nº 7, pág. 158.).
- (5) Al afirmar esto, no nos alineamos en la conocida posición de GARCIA BAUER sobre la "duda de la juridicidad de los derechos del hombre", como recoge CASTRO CID en Los Derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema, pág. 53 de esta obra colectiva, que bajo la dirección de PEREZ LUNO, ha publicado la Universidad de Sevilla, 1979, sino que admitimos la trascendencia axiológica de tales derechos. Cfr. PECES BARBA, Derechos fundamentales, Madrid, 1976, 2ª edición, pág. 89.
- (6) Cfr. PECES-BARBA, op. cit. Tema Primero, y en especial el apartado D, pág. 67 y ss. A lo largo de todo el capítulo, se recoge amplia bibliografía sobre la materia a la que nos remitimos.

- (7) Más abajo ofreceremos ejemplos de este "optimismo" de los que son ejemplos característicos, el art. 6 de la Constitución de Cádiz "El amor a la Patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles y, asimismo, el ser justos y benéficos", o el art. 123 de la Constitución francesa de 1793: "La République française honore la loyauté, le courage, le -vieillesse, la pitié filiale, le malheur. Elle remet le dépôt de sa Constitution sous la garde de toutes les vertus".
- (8) La contraposición "natural"- "convencional" como distintivo de los derechos fundamentales es uno de los elementos característicos de la posición de los doctrinarios, o "moderados" que tan importante papel juegan, como se verá más tarde, en la historia española del XIX. MARTINEZ DE LA ROSA hizo de esta distinción bandera con ocasión de la discusión de la Tabla de Derechos de 1834 (Diario de Sesiones 2 de Sept.), tomada, paradójicamente de una distinción expuesta por GARCIA HERREROS: en las Discusiones sobre la Constitución de Cádiz (Sesión de 7 de septiembre de 1811).
- (9) No se trata aquí de extenderse en este tema, que conecta de modo evidente con el de su fundamento, sobre el que hemos de remitir como resumen a la obra colectiva de BOBBIO, PERELMAN, RUSSELL, etc. "Le fondement des droits de l'homme", Florencia 1966.
- (10) Resúmenes de estos enfrentamientos se pueden encontrar en recientes obras sistemáticas, como las señaladas de PECES-BARBA, págs. 26 y ss de la 2ª edición o PEREZ LUÑO, en Los Derechos Humanos..., págs. 16 y ss.
- (11) Cfr. en una descripción de estas posturas PECES-BARBA, op. y loc. cit.
- (12) En una obra debida a múltiples colaboraciones como es Los Derechos Humanos publicada por la UNESCO en 1949 se manifiesta esta contraposición. (Hay traducción castellana en Fondo de Cultura Económica, 1949 y Laia 1976)
- (13) En la obra Los Derechos Humanos, de la UNESCO, ya citada, se plantean este problema MARITAIN, y MC NEON, de una manera expresa, aunque quizá no directamente específica. Sin embargo, la lectura de cada una de las colaboraciones, nos descubre - que es este un supuesto base de todas ellas. La enumeración de las particularidades culturales que se exponen, en relación con los Derechos fundamentales, tienden a descubrir en ellas elementos comunes más que diversificadores.
- (14) Hay que recordar a este respecto las palabras de MARITAIN - "Tengo la convicción absoluta de que mi manera de justificar la creencia en los derechos del hombre y en el ideal de la libertad, igualdad y fraternidad, es la única sólidamente basada en la verdad. Lo cual no me impide estar de acuerdo, en lo que a esas convicciones prácticas se refiere, con aquellos que se hallan convencidos de que su propio modo de justificarlos, por completo diferente al mío, u opuesto al mío en su -

dinamismo teórico, es, asimismo, el único apuntalado realmente por la verdad". (Los Derechos Humanos, cit., págs. 21 y 22).

- (15) Asumimos plenamente los argumentos en favor de esta opción que despliega Benito de CASTRO (Los Derechos humanos, obra colectiva editada por la Universidad de Sevilla, ya citada) y a cuantos recoge procedentes de otros autores defensores de esta idea. Cabría hacer dos matizaciones: a) no acabamos de comprender la razón de una disciplina específicamente dedicada al tratamiento de los Derechos fundamentales, por las razones aquí señaladas, b) la interdisciplinariedad que defendemos es propia de toda la Filosofía del Derecho, y así debe ser primordialmente defendido.
Cfr. PELLOUX, L'Etude des droits de L'Homme doit être interdisciplinaire, en "Rene Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber" vol. IV, pág. 13.
- (16) En este tipo de orientación sistemática se integran los esfuerzos de la segunda alternativa expuesta por HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie, C.H. Beck'sche, Verlags. München und Berlin, 1964.
- (17) No se trata de reproducir aquí la interminable polémica planteada en torno al tema de la nota de "coactividad" como esencial al concepto de Derecho. Nos remitimos a este respecto a la exposición que sobre este tema hace en su Filosofía del Derecho, el desaparecido, y por tantos motivos ya clásico maestro LUIS LEGAZ LACAMBRA. Esta remisión no implica su asunción sin los muchos matices que otros autores han hecho de esa doctrina, sino la constatación de que esta "nota" es ya característica del Derecho, sea cual sea la visión ideológica de que pueda partirse.
- (18) Se plantea aquí la necesidad de una aproximación al fenómeno del Derecho, teniendo en cuenta también sus componentes psicológicas comunes. El mérito fundamental atribuible a la escuela sueca del "realismo jurídico" es que ha puesto de relieve este factor que integra la experiencia jurídica. No es, por supuesto, un reduccionismo psicológico, que como tentación está presente en aquella escuela, lo que aquí se pretende defender, sino que se tenga en cuenta "lo que la gente piensa" cuando conecta con esta parcela humana. Para una abogado en ejercicio, se sabe que la formalización de los documentos jurídicos, o la realización de determinados actos en torno a concretas situaciones directamente reguladas por la tecnicidad jurídica, se dirigen primordialmente a la "preparación" de una mejor posible defensa del interés particular de cada parte en esa "situación".
- (19) Esta afirmación que puede extenderse a todo el ámbito de los derechos subjetivos, tiene su más característica expresión, precisamente, en los Derechos fundamentales, cfr. a este respecto DRAN, Le controle juridictionnel et la garantie des libertés. Paris, 1968; asimismo ALMAGRO, "Protección proce-

sal de los Derechos Humanos en España" en R.D.P.I.A. 1973 - (1) pág. 9: "Y esta vigencia, sobre todo en sociedades conflictivas como las del mundo de hoy, se patentiza, en particular, por las decisiones de los tribunales de Justicia, si las acciones concedidas al ciudadano le permiten actuar con forme a medios procesales garantizados".

- (20) Las obras de VARELA FEIJOO, La protección de los derechos humanos, Ed. His. europea, Barcelona, 1972; o ALCALA-ZAMORA CAS TILLO, La protección procesal internacional de los derechos humanos: Cuadernos Civitas, Madrid, 1975, son buenas pruebas de esta afirmación, GARCIA-ENTERRIA y otros La protección europea de los derechos humanos.
- (21) ALCALA-ZAMORA: op. cit. pág. 16 y nota 2.
- (22) Además de la "acción pública" y de los especiales problemas de la legitimación, concepto clave en la Filosofía del Derecho Procesal, como muy agudamente está poniendo de relieve ALMAGRO, la clave comunitaria que subyace al "recours par excès de pouvoir" se puso históricamente de manifiesto en cuestiones referidas a la protección del "derecho fundamental de propiedad" (cuestiones de tributos o expropiaciones) en la admisión de su interposición por sujetos no directa y específicamente afectados de modo individual, cfr. LANDON, Histoire abrégée du recours par excès de pouvoir des origines a 1954, L.G.D.J., Paris, 1962, págs. 21 y ss.
- (22 bis) Todos los trabajos de los que se da abundante reseña bibliográfica en este trabajo comienzan con una declaración parecida a la presente. PECES-BARBA, PEREZ LUÑO, SANCHEZ DE LA TORRE, RUIZ GIMENEZ, PEREZ SERRANO, BOBBIO, BURDEAU, CASIN, COLLIARD, DRAN, MARITAIN, RIVERO, ROBERT, etc...
- (23) La metodología histórica está muy presente, con una notable insistencia, en cualquier bibliografía sobre esta materia, de modo que, al parecer, resulta altamente esclarecedor para la doctrina, no sólo determinar cuál sea el origen histórico de estos conceptos, sino también sus perspectivas de futuro. Es más, cuando nos acercamos a un tratado sobre esta materia, se adivina la alineación científica de sus autores desde la propia exposición histórica del origen de estos derechos. Cfr. en ese sentido PEREZ LUÑO, op. cit., pág. 15 y ss. o PECES BARBA, op. cit. págs. 37 y ss.
- (24) El autor de este trabajo es consciente, como se verá a lo largo de este capítulo, de las dificultades que plantean los conceptos "derecho subjetivo" y "derecho público subjetivo", y por tanto, la asimilación de los derechos fundamentales en tales tipos categoremáticos. Siendo consciente de ello, es necesario subrayar sin embargo, que, desde luego desde el punto de vista histórico, y quizá en menor medida, desde el sistemático, no se han agotado, ni muchos menos, las posibilidades de estos conceptos. En ese sentido se pueden citar como referencias los trabajos de HENKE, CASETTA, ROUBIER

(este último no por clásico, menos valioso), o la construcción de la que se dará amplia referencia en este trabajo de GARCIA DE ENTERRIA.

- (25) Ver en este sentido los trabajos de LUHMANN Grundrechte - als Institution... Berlin, 2ª ed. 1964, o HABERLE, Die Wesensgehaltgarantie der Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Müller, Karlsruhe, 1962.
- (26) La crítica que habitualmente se hace a esta teoría se centra en un reproche: la vinculación de este concepto con un modelo político ya superado. Sin embargo, es precisamente este modelo el que tiene plena vigencia -curiosamente, como solución progresista- en la España del siglo XIX y lo que como veremos, justifica su utilización metodológica en el presente trabajo. Cfr. ELIAS DIAZ, Estado de Derecho y sociedad democrática, Madrid, 1975, págs. 14 y ss. LUCAS VERDU, La lucha por el Estado de Derecho, Bolonia, 1975, aunque no coincide con la claridad que lo hace DIAZ, la importancia del control judicial, si se refiere de modo nuclear a la posición de IHERING, y a su conocida posición sobre Derecho y fuerza, tan relacionada con este tema.
- (27) Reiteramos aquí la referencia al libro dirigido por PEREZ LUÑO, Los Derechos humanos, y en especial a los trabajos de este profesor sobre "Delimitación conceptual", y "El problema de la positivación", así como al del prof. CASCAJO sobre "El problema de la protección". Así como a la posición beligerante del prof. ROBLES MORCHON.
- (28) GARCIA DE ENTERRIA "Sobre los derechos públicos subjetivos" *Civitas*, nº 6, Madrid, 1975, pág. 427 y ss.
- (29) GARCIA DE ENTERRIA, Ed. FERNANDEZ T.R. Derecho Administrativo, Capítulo XIV.
- (30) Las citas que se suelen hacer de las tesis del prof. GARCIA DE ENTERRIA (por ejemplo las recientes del libro tantas veces citado de PEREZ LUÑO) no dejan de aparecer como parciales, al limitarse a su construcción de los derechos públicos subjetivos y olvidando la matizada caracterización que hace en el texto citado de las libertades públicas. Olvido tanto más reproachable a quienes son especialistas en derechos fundamentales por centrarse en los aspectos por así decirlo más "administrativistas". La categoría de "derecho reaccional" a que luego nos referiremos no se crea para solucionar problemas específicos relacionados con los derechos fundamentales, sino para reinstaurar una nueva visión de la relación entre particular y administración. Aunque su riqueza los hace, como también se verá, muy fecundos para el tratamiento de estos temas.
- (31) Constitución española de 1812: art. 6º "El amor a la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles"

les, y asimismo ser justos y benéficos".

Constitución francesa de 1793: art. 34: "Il y a oppression - contre le corps social lorsqu'un seul de ses membres est opprimé. Il y a oppression contra chaque membre lorsque le corps social est opprimé."

Art. 123: "La République française honore la loyauté, le courage, la vieillesse, la pitié filiale, le malheur. Elle remet le dépôt de sa Constitution sous la garde de toutes les vertus".

Constitución francesa de 1795, art. 377: "Le peuple français remet le dépôt de la présente Constitution a la fidélité du Corps législatif, du Directoire exécutif, des administrateurs et des juges; á la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, á la affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français."

- (32) En todo caso, en esta ampliación de la esfera de los derechos humanos, no puede descuidarse la dimensión estrictamente jurídica de la protección procesal que merecen los que bajo el nombre de "derechos sociales, culturales y económicos" están imponiendo una nueva categorización, Imre SZABO en un artículo pleno de sugerencias: "L'avenir des droits de l'homme" - Rev Int. des Droits Humaines, 1975, pág. 587, manifiesta sin embargo una peligrosa consecuencia "deducida" -no justificadamente- de la naturaleza "excesivamente" conflictual de estos derechos entendidos al modo liberal, y a la que más tarde habremos de referirnos. Bajo esta aspiración, se encierra, en esta ocasión, una posición demasiado despectiva para las garantías jurídicas y jurisdiccionales, a las que sin demasiada rigor se tacha de formales.
- (33) La idea de SZABO, loc. cit. y que luego recogeremos de que los derechos fundamentales deben ampliar su área desde una visión ceñida a las relaciones entre particulares y Estado, no deben hacer perder de vista, que ello no impide -y quizá y así lo esperamos demostrar para el siglo XIX español- subrayar la importancia que tiene una adecuada protección procesal de los nuevos derechos. La batalla se va a plantear, como se ve en su momento, en torno al concepto de legitimación y a su ampliación congruente con una concepción longánime de la dignidad humana. Aquí se encontraría el talón de Aquiles de las construcciones legales totalitarias sobre la protección de los derechos fundamentales, cuyas garantías de hecho, tan subrayadas en algunos pensadores de este signo, se convierten, muy a su pesar, en auténticas "formalidades" vacías de sentido, tanto más rechazables, cuanto que parten de ideologías - que han creído descubrir la falacia de las puras "formalidades".
- (34) No se trata de asumir una determinada posición ideológica frente al tema que se trata, por la vía indirecta de la adopción de una terminología. El problema terminológico en este campo no parece que se haya aclarado mínimamente, ni siquiera en su planteamiento: las razones que unos dan para justificar una determinada opción (ATIENZA), sirve precisamente para que otros (PECES BARBA) asuma la opción contraria.

Sobre esta cuestión es un buen resumen el artículo de PEREZ LUÑO, "Delimitación conceptual..." en la op. cit. Los Derechos humanos, Cfr. también PECES BARBA, op. cit. págs. 23 y ss. o ATIENZA, en la obra colectiva Política y Derechos Humanos. Valencia, Fernando Torres, 1976

- (35) En la catalogación y clasificación de los derechos fundamentales influye de modo decisivo la historia. Cfr. DE CASTRO en "Dimensión científica..." en los Derechos humanos... También PECES BARBA dedica a la catalogación y clasificación de los derechos fundamentales todo un importante capítulo de su obra. La inmadurez de la teoría general de los derechos fundamentales se adivina también en este sintomático problema.
- (36) Si bien la experiencia de otros países, y el análisis realizado por algunos autores (ROBERT, RIVERO, etc.) plantean la existencia de un reconocimiento de los derechos fundamentales, aunque estos no hubieran tenido una formulación normativa constitucional, por la aplicabilidad de los preámbulos en que figuraban tales derechos -de acuerdo con la famosa jurisprudencia del Consejo de Estado-, en España es precisamente la constitucionalización de los derechos lo que caracteriza y marca la frontera de su reconocimiento. Hasta el momento de esa declaración -generalmente para los tipos de derechos que se han señalado, el año de 1869, -no existe legislación ordinaria que consagre el derecho, sino normativa represiva de unos "hechos" que se consideran "tipos" más habituales de conducta que hay que regular. Que tales tipos de conducta se conviertan en derechos posibles, solo ocurre muchos después.
- (37) No hay un solo autor especialista en este período, sea de la ideología que sea, que discuta el carácter de derecho fundamental que los decimonónicos españoles otorgaron a la propiedad privada.
- (38) Ver en este sentido la posición de FERNANDEZ DE ROZAS "La protección internacional de los derechos humanos y su proyección en el orden jurídico interno", en Política y Derechos humanos, cit. Con el coinciden DE CASTRO y PECES BARBA, en sus obras citadas.
- (39) Se ha insistido mucho en la funcionalidad teórico-sistemática y pedagógica de los esfuerzos clasificatorios de los derechos fundamentales. La verdad es que el examen de los autores: PECES, RIVERO, DE CASTRO, ofrecen una peculiar unicidad en ambos términos. Hay un fácil reduccionismo de operatividad sistemática a la funcionalidad pedagógica. De ello, se trata de huir en el presente trabajo. Las clasificaciones que se adoptan lo serán en orden a esclarecer el trabajo que nos ocupa.
- (40) Se confiesa paladinamente que este tipo de clasificación resulta de una gran heterodoxia: es una clasificación por el

contenido de los derechos, Su formulación deberá ser crítica solamente después de que se hayan estudiado los diferentes y concretos derechos de las formulaciones españolas del XIX.

En todo caso no son muy lejanas de las mantenidas por autores de espectro tan amplio como CASTAN: Los Derechos del hombre, Reus Madrid, 1969 o GONZALEZ CAMPOS, "La protección de los derechos humanos", en ONU, Año XX, Madrid, Tecnos, -1966

- (41) Se desarrolla en los trabajos citados más arriba. La posición del profesor de Madrid se conecta como él mismo reconoce con las de ROUBIER, RUPP o HENKE, que hablan menos audazmente de de "situaciones reaccionales" o de "derechos de defensa o protección". En el primer caso, no satisface totalmente las necesidades metodológicas que el propio GARCIA DE ENTERRIA atiende: contruir un concepto de derecho y no meramente de situación jurídica. En el segundo hay una construcción dualista, que concibe el valor a proteger como un núcleo jurídico al que se superpone un derecho genérico. La originalidad de ENTERRIA está en concebir al valor como un derecho concreto en sí.
- (42) ARTOLA, Partidos y programas políticos. Madrid. Aguilar, 1974 págs. 147 y ss.: "...En el esquema tradicional de los tratadistas de derecho político, este tipo de acciones se confunden en el conjunto de los derechos, sin distinguir entre derechos activos -expresión, petición, manifestación, reunión y asociación- y derechos pasivos, tales como: seguridad personal, inviolabilidad de domicilio y correspondencia, propiedad individual, que son los más frecuentemente citados -por los textos legales."
- (43) Los tratadistas procesalistas no distinguen estos dos campos o facetas. Se habla de protección procesal general y de regtricciones (así VARELA FEIJOO, La protección de los derechos humanos, Barcelona, Hispano Europea, 1972, págs. 114 y ss.; PECES BARBA, op. cit. págs. 121 y ss.). Sin embargo, no se puede subsumir el problema del cuadro normativo de referencias del ejercicio de los derechos fundamentales, al de la técnica del abuso de derecho (Cfr. GOMEZ TORRES, en op. cit.) La determinación de ese cuadro supone toda una técnica específica -por cierto muy desarrollada en el XIX, como veremos que configura decisivamente el panorama de la real efectividad de los derechos fundamentales.
- (44) Cfr. PECES, op. cit. pág. 214, y ss. ALMAGRO, "El libre acceso como derecho a la jurisdicción", en Rev. de la Fac. Der. -Univ. Compl. Madrid, 1970 (XIV, 37).
- (45) Se pone aquí de manifiesto algo que se venía esbozando y es la relativa falta de sincronización entre los tratadistas -procesalistas y "sistemáticos" en torno a los derechos fundamentales. Falta un auténtico estatuto científico y sistemático de las categorías generales que "den cuenta" de los -

aspectos y matices peculiares que presentan las diferentes disciplinas procesales para los diferentes tipos de derechos fundamentales.

- (45 bis) No puede negarse que esta clasificación, aparte de las afinidades señaladas más arriba, tiene una semejanza indiscutible con la propuesta por JELLINEK, L'Etat moderne et son droit trad. francesa de 1913, en que se habla de Derechos de libertad, Derechos que se traducen en la facultad de pedir la intervención del Estado en provecho de intereses particulares, y Derechos políticos. Los jurisdiccionales tienen pleno paralelismo con la segunda categoría, aunque en la concepción del alemán cabría aquí incluir también a los llamados derechos de crédito.
- (46) Esta aserción tan amplia como, evidentemente discutible, ha de aceptarse al autor de este trabajo como proposición axiomática, deducida de la observación empírica histórica. La característica limitada de este trabajo hace que se plantee como tema de ulterior elucidación la posición adoptada. En todo caso, se puede afirmar que la eficacia, como característica peculiar del Derecho, o del global fenómeno jurídico en el que se encierra norma y ordenamiento o sistema jurídico, ha suscitado reflexiones que, por su importancia, permiten descubrir la relevancia -por lo menos- de esta nota. Cuando KELSEN se manifiesta en torno a la eficacia, sus matizadas afirmaciones pueden hacer presumir que la "pureza" metódica juega una pequeña treta a la verdadera valoración de este concepto, cfr. Teoría General del Derecho y del Estado, México, UNAM 1979, págs. 49 y concordantes. También GARCIA MAYNEZ, Filosofía del Derecho, México, Porrúa, 1977, págs. 14 y sobre todo 269-335, a que luego nos referiremos con amplitud.
- (47) Se conecta a este punto, la cuestión de la eficacia como la prueba de la validez de un ordenamiento. La negativa de KELSEN (cfr. nota anterior) a aceptar esta postura puede estar -y sería interesante estudiar hasta qué punto- determinada con su polémica con EHRLICH. En definitiva y en expresión de GARCIA MAYNEZ: "La eficacia de un orden no es pues, en todo caso, índice de su valor". op. cit. pág. 21. La expresión es tajante. Quizá la negativa a la posición mantenida en este trabajo no lo sería tanto: La eficacia del derecho es, en el sentido que luego se expondrá, pretensión natural de todo sistema y de toda norma jurídica, y uno de los síntomas más importantes de su valor global. Y ello, porque como veremos después, eficacia no es sólo cumplimiento, sino también aplicación coactiva.
- (48) Estas dos categorías, formalizadas por GARCIA MAYNEZ, op. cit. págs. 279 y ss, constituyen las dos caras de la verdadera eficacia jurídica. El exámen histórico que se va a desarrollar más abajo, nos demostrará que en el siglo XIX no sólo resulta interesante estudiar como y cuanto cumplían el Derecho los ciudadanos

-como haría EHRLICH- sino cómo y cuándo acudían a los tribunales, en defensa de qué derechos, y utilizando qué instrumentos jurídicos procesales -algunos de los cuales quedaron vírgenes- de modo que la coactividad simplemente no basta para una correcta valoración de un sistema jurídico, puesto que hay coactividad no eficaz, que es lo que en el fondo viene a decir KELSEN, en su contestación, op. cit. pág. 32. Estamos en definitiva abogando por la asunción de dos posturas metódicas, sin eclectismos tal y como defiende ROBLES - "La polémica entre KELSEN y EHRLICH en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica". A. Fil del Der. 1976-1977 (XIX) pág. 197.

- (49) El sentido de estas afirmaciones, que podrían ser alineadas en las posiciones de BARTH, Die Idee der Ordnung o de GEIGER, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, citados y tomados de GARCIA MAYNEZ, op. cit. págs. 270 y 274, reflejan históricamente la experiencia de la evolución del Derecho, en el tema que nos ocupa.
- (50) PECES-BARBA, en su obra citada, págs. 193 y ss. habla de diversos tipos de garantías. Estas líneas pueden completar lo allí dicho para caracterizar más ceñidamente, desde un punto de vista jurídico, cuál es el origen inserción en un esquema jurídico de tales garantías. Quizá sea también necesario completar este aspecto en el trabajo de CASCAJO, ya señalado. Las obras de los franceses, citadas repetidamente en este trabajo, tampoco responden a esta necesidad.
- (51) Es necesario recordar nuevamente lo indicado más arriba sobre los dos aspectos de la aplicación y el cumplimiento del Derecho, como realidades distinguibles, pero estructuralmente inseparables. Desde un punto de vista psicológico recordemos el término - "compulsión psíquica" de la traducción de KELSEN por GARCIA MAYNEZ, op. cit. pág. 27 o págs. 84 y ss.
- (52) Aunque no constituyan objeto formal de nuestro análisis, habremos de hacer referencia bastante amplia en algunos casos a libertades poco formalizadas -libertad de enseñanza, p.e. y a supuestos sociológicos que determinaron una orientación legislativa determinada u otra.
- (53) A este conjunto de garantías llama JELLINEK, garantías jurídicas, distinguiendo a modo de ejemplo, el control entre los órganos o miembros del Estado, el sistema de responsabilidad de los funcionarios estatales, la organización jurisdiccional, y otros medios jurídicos de garantía de que los individuos pueden echar mano para la protección de sus derechos. Cfr. L'Etat moderne... pág. 575 del tomo II, citado en GARCIA MAYNEZ, pág. 253-254.
- (54) Como se va a ver a continuación, no se propugna aquí un concepto relativista de jurisdicción, en el sentido de FENECH,

"Notas previas para el estudio del derecho procesal", publicado en italiano en los "Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti, Padova, 1950, II y en Derecho procesal penal, Barcelona, 1960, 3ª ed. pág. 20-34, cuyas connotaciones llevan a una relatividad sincrónica de tal concepto. Si existe alguna relatividad -frente a SERRA, "Jurisdicción", en Estudios de Derecho procesal, Barcelona, 1969- es exclusivamente de maduración histórica, como aquí se va a ver. - Creo que es éste el sentido de la relatividad que defienden FAIREN, "Ideas para una teoría general del Derecho procesal" en Temas del ordenamiento procesal, Madrid, Tecnos, 1969, o especialmente y de modo expreso MONTERO AROCA, Introducción al Derecho procesal, Madrid, Tecnos, 1979, págs. 19 y ss o - RAMOS, Derecho y Proceso, Barcelona, Bosch, 1978, págs. 116 y ss.

- (55) En el mismo sentido MONTERO AROCA, op. cit. pág. 19-20 o AL MAGHO, "El Derecho procesal en la nueva Constitución" en - Rev. de Der. Proc. 1978, 4, pág. 848, en el que se da por - supuesta esta evolución.
- (56) Cfr. Teoría de la Constitución, Barcelona, Ariel, 1976, págs. 233 y ss.
- (57) Además de la bibliografía señalada más arriba, cfr. también el examen completo del tercer volumen de la obra en homenaje a RENE CASSIN, ya citada.
- (58) Para la bibliografía anterior a 1973, puede consultarse el artículo de Hector FIX-ZAMUDIO, "La protección procesal de los Derechos Humanos", en Rev. Ib. de Der. Proc. 1972, 2-3, pág. 413 PECES-BARBA op. cit. pág. 212; o CASCAJO CASTRO, - op. cit. pág. 262 y ss.
- (59) Solo a título de ejemplo pueden citarse nombres como los de ALCALA-ZAMORA, BURGOA, GELSI, FIX-ZAMUDIO, NORIEGA, TENA, - SENTIS etc. que no sólo han contribuido al desarrollo internacional de la investigación en torno a esta problemática, sino a su cualificación y prestigio. Citamos como específico FIX-ZAMUDIO, Constitución y proceso civil en Latinoamérica, México, 1974.
- (60) Tradición ya puesta de relieve, como recuerda ALCALA-ZAMORA, La protección procesal internacional de los derechos humanos, Madrid, Civitas, 1975, págs. 24, o los trabajos meritorios de FAIREN, Antecedentes aragoneses de los Juicios de Amparo, Mexico UNAM 1971, o los artículos en Temas del Ordenamiento procesal, Madrid, Tecnos, 1969.
- (61) Sobre estas líneas de orientación no se puede detener este examen, que no hace un estudio de la situación actual, sino fundamentalmente de la evolución histórica de un período que no llega a nuestros días. Si se trae a colación es con la - finalidad señalada en el texto. Resúmenes de la bibliografía atinente se puede encontrar en los autores citados en la nota 59.

- (62) Cfr. JAUERING, "Der gerichtliche Rechtsschutz der Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland" recogido en FIZ-ZA MUDIO "Protección procesal de los derechos humanos" RID. 1972.
- (63) Así: CALAMANDREI, Opere Giuridiche, Tomo III Napoli, Morano 1968, CAPPELLETTI, Proceso, Ideologías, Sociedad, Buenos Aires, E.J.E.A. 1974; Il Controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato, Milán, Giuffrè, - 1975; La Giurisdizione costituzionale delle libertà, Milán Giuffrè, 1976, CHIAVARIO, Processo e garanzie della persona, Milán, Giuffrè, 1976.
- (64) Un resumen importante de literatura francesa en DRAN, Le controle juridictionnel et la garantie des libertés publiques, Paris, L.G.D.J. 1968 y el importantísimo trabajo colectivo ya citado en honor de RENE CASSIN; RICCI, "Garanzie costituzionali del processo nel diritto francese". Riv. - Dir. Proc. 1968
- (65) MCNULTY-EISSEN, "Comisión Europea de Derecho del Hombre: Procedimiento y jurisprudencia, en Rev. Com. Intern. Juristas La Haya, 1958. ROBERTSON, "The European Court of Human Rights" en The American Journal of Comparative Law, vol. 9,1 (196), citados ambos por ALCALA-ZAMORA, op. cit. págs. 58 y 72. Cfr. sobre el tema específico, el colectivo Fundamental guarantees of the parties in civil litigation, Milán, Nueva York, 1973.
- (66) SZABO, "The Theoretical foundation of Human Rights", en International protection of Human Rights, Estocolmo, Interscience, 1968; "L'avenir des droits de l'homme" en Revue de Droits de l'Homme, (VIII, 3) 1975, VASAK, "Dimensions internationales des droits de l'homme: perspectives d'avenir", ibidem, Cfr. PECES BARBA Libertad, poder, socialismo, cit. pág. 158 y ss.
- (67) Recordemos la formulación de GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ: "Por último, encontramos bajo la etiqueta de derechos fundamentales, enunciaciones de prestaciones administrativas dirigidas a los ciudadanos, o incluso de mera legislación protectora que requieren una compleja organización legal cuyos datos concretos no se precisan. Tratado cit. pág. 57.
- (68) Cfr. CASCAJO, op. cit. pág. 262.
- (69) Este punto ha sido puesto de relieve por la generalidad de los historiadores constitucionales españoles, Cfr. p. ej. SANCHEZ AGESTA, Historia del Constitucionalismo Español. - Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, pág. 109, que SEVILLA, Historia política de España, Editora Nacional, Madrid 1974, no destaca con suficiente claridad. Desde el punto de vista de la Historia general cfr. ARTOLA, Los orígenes de la España contemporánea, Instituto Est. Pol. Madrid, 1974, págs. 408 y ss.

- (70) Las atinadas palabras de PECES-BARBA en su op. cit. págs. - 240 y ss. podrían ser completadas con las ideas que se acaban de reseñar, con plena conformidad por parte del profesor de Madrid,.
- (71) A este fin responde la preocupación expuesta por LOEWEN STEIN, op. cit. págs. 321 y ss.
- (72) Ver en este sentido los trabajos sobre Protección procesal de los derechos fundamentales de ALMAGRO y FIX-ZAMUDIO, ya citados más arriba.
- (73) Las manifestaciones de este derecho se refieren en las primeras declaraciones al supuesto del proceso penal, que es en el que en el antiguo régimen se encontraban los mayores casos de abuso e inseguridad jurídica, pero la preocupación - de constitucionalizar no solo los principios a los que debía responder políticamente el poder judicial, sino su misma organización funcional y morfológica es una preocupación que se advierte sin más que abrir y leer, p.e. el capítulo V de la Constitución francesa de 1791.
- (74) Señalamos a modo de ejemplo el art. 10 de la Declaración Universal de los derechos del hombre, el art. 6 de la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y - de las libertades fundamentales, los arts. 24-27 y 111-113 de la Constitución italiana, o art. 24 de nuestra actual Constitución
- (75) Esta reflexión que habremos de comprobar a lo largo del trabajo sugiere una toma de posición frente al llamado fenómeno de la constitucionalización del Derecho procesal (COUTOURE), que para algunos es la "politización" del mismo (SEHRA). Sin embargo, la posición inicial de este trabajo es que si por - politización se entiende sumisión a la directriz concreta - de un gobierno, no es deseable tal transformación. Sin embargo no parece pertinente calificar así -con el sentido peyorativo que comporta- constatar que los principios del proceso por su importancia social y humana deben recogerse en la carta constitucional, y que deben así mismo recoger los valores aceptados como fundamentales -y comunmente reflejados en tal documento- por una colectividad. Teniendo en cuenta que tal recepción significará una constante mejora - al menos en tratos extensos de la evolución del hombre. Por - mucho que esto signifique una filosofía optimista de la sociedad que es compartida por el autor de estas líneas.
- (76) MONTERO, op. cit. pág. 138; RAMOS, op. cit. pág. 72 y ss.
- (77) ALMAGRO, págs. 95 y 96.
- (78) ALMAGRO no llega a definir formalmente este derecho. La formulación referida es lo que recoge PECES-BARBA op. cit. págs 213-214 MONTERO, op. y loc. cit la recoge así: "el poder reconocido al ciudadano, de verificar actividades, dentro del

marco legal del proceso, dirigido hacia el Estado, para obtener un pronunciamiento judicial, que alcance eficacia de cosa juzgada" cuya naturaleza jurídica es la de ser derecho subjetivo.

- (79) ALMAGRO, op. cit. pág. 109.
- (80) ALMAGRO, pág. 110.
- (81) ALMAGRO, pág. 107.
- (82) ALMAGRO, pág. 110.
- (83) Tal es el sentido de la antropología de SCHELER.
- (84) ALMAGRO, 110.
- (85) ALMAGRO, 105-108.
- (86) Una exposición de estas posturas casi enciclopédica en RAMOS op. cit. págs. 55 y ss.
- (87) Cfr. RAMOS, ibidem.
- (88) ALMAGRO, pág. 107.
- (89) ALMAGRO, pág. 106.
- (90) OLIVA. Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional, Bosch, Barcelona 1980; un anuncio de este libro fué el artículo - "Sobre conceptos básicos del derecho procesal" en R.D.Proc. 1976, pág. 191.
- (91) ALMAGRO, op. cit. pág. 101.
- (92) ALMAGRO, op. cit. pág. 103.
- (93) ALMAGRO, pág. 113.
- (94) FAIREN, Temas, I, pág. 308, y 569 entre otras.
- (95) Resulta paradójico la defensa que hace FAIREN de ese origen cuando en Temas I, pág. 192, plantea las dificultades y habilidades que adoptan los legisladores para crear una auténtica jurisdicción que trasciende con mucho -y así lo da por supuesto FAIREN- el derecho de petición del art. 373 de la Constitución que es el derecho de petición.
- (96) ALMAGRO, op. cit. pág. 119.
- (97) ALMAGRO, op. cit. pág. 120.
- (98) Véase capítulo V.
- (99) ALMAGRO, 121.
- (100) ALMAGRO, pág. 115.

CAPITULO SEGUNDO: LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCION -

PROCESAL

I.-PRESUPUESTOS HISTORICOS Y CONCEPTUALES

Es necesario fijar los hitos fundamentales de la historia legal de los derechos humanos en el siglo XIX en España, como primer elemento del análisis histórico del derecho a la jurisdicción en esta materia.

Como ya se ha dicho el objeto de este análisis va a ser no sólo las normas constitucionales, sino también las normas legales ordinarias, que son las que propiamente nos van a proporcionar la real historia de éstas, por debajo de las vicisitudes políticas del siglo que contemplan tan diferentes modelos de organización política.

Resulta enormemente descorazonador contemplar la historia de nuestro siglo XIX llena de proclamaciones y abrogaciones de textos fundamentales. A la inestabilidad política que reinó en aquella centuria se ha atribuido la multiplicidad de constituciones. Con todo, podemos observar que no son precisamente las Constituciones el síntoma más notables de los vaivenes políticos del siglo XIX. Se ha defendido recientemente que en nuestro país y en ese siglo no hay realmente más que una Constitución (1) con diversos ropajes que en muchas ocasiones son retazos y retales enteros de Constituciones derogadas. Algo de ello veremos a continuación al reproducir las formulaciones sobre Derechos Fundamentales, y en todo caso verificaremos que aún defendiendo el pare-

cer de la diversidad de las Constituciones, entre todas ellas existe un indudable parentesco.

El síndrome de la inestabilidad de nuestro XIX no está pues tanto en la historia constitucional como en la historia de la legislación ordinaria, con contradicciones tan claras como cercanas en el tiempo. Los políticos de aquella época despertaron pronto del sueño dogmático constitucional y pronto aprendieron que la batalla por la supremacía y el poder político no estaba tanto en hacer esta o aquella norma fundamental (por mucho que los más radicales de uno u otro bando lo hicieran o lo proyectaran) sino - en hacer de esta o aquella ley ordinaria desarrollo de la Ley - fundamental. De modo que, a veces, como veremos, bajo una misma Constitución, existen disciplinas normativas y sistemas jurídicos contradictorios determinados por distintas leyes, cuyos principios legales respondían a concepciones socio-políticas contrapuestas, y cuyos instrumentos jurídicos -y quizá el más importante de ellos el procesal- se jugaban de forma que pudieran ponerse al servicio de una u otra visión política.

Por todo ello resulta relativamente sencillo hacer una historia constitucional de los derechos fundamentales pero más complicado es formular su evolución legislativa.

Ello es necesario y a ello nos aprestamos señalando algunos puntos previos.

Según hemos justificado anteriormente vamos a admitir como

derecho fundamental cualquiera que sea concebido como tal por la legislación de la época, sin pretender discutir, sino a lo más - esclarecer la concepción política que así lo asume.

Vamos a intentar esbozar los elementos fundamentales de su evolución, porque entendemos -y ello es un argumento más en favor de la tesis que venimos manteniendo- que tal evolución corre suerte paralela a la que experimentan las instituciones procesales de garantía.

Al examinar históricamente las declaraciones normativas - constitucionales y ordinarias vamos a subrayar sobre todo los as pectos que más nos interesa y que menos han sido objeto de atención:

- en las constitucionales, si los legisladores eran conscientes de formular derechos o ideales.
- en las ordinarias, si los legisladores eran conscientes - de que los derechos no se otorgan eficazmente sin protección jurisdiccional.

A.-División histórica.

Tenemos también que esbozar levemente en este momento, algo que quizá debiera ser objeto exclusivo de tratamiento en las conclusiones del trabajo. Es ello una esquematización -aunque sea leve- de las épocas históricas en que cabe encuadrar la evolución de los Derechos fundamentales.

Quizá pueda sernos justificado que en una primera aproximación, y por las razones que se indican, dividamos así nuestro trabajo.

1.-Enfrentamiento absolutismo-liberalismo

Vendría determinado por los años 1808 a 1834 con sus vaivenes socio-políticos y la historia legislativa constitucional o - de carácter ordinario que cristaliza alrededor de la Constitución de Bayona, la de Cádiz, el manifiesto de Valencia, la puesta en vigor nuevamente de la Constitución del 12 y el Estatuto Real de 1.834.

Las grandes líneas maestras de esta época son:

a) El enfrentamiento contradictorio entre dos concepciones antagónicas en su pureza casi ideal: el liberalismo con el irrefrenable impulso de lo recién nacido, y el absolutismo con todas las decadentes aberraciones de una ideología agonizante.

b) La visión optimista de la realidad por parte de una y - otra línea de pensamiento enfrentadas, que en el caso del liberalismo -y en los aspectos que a nosotros interesan- produce una - indiscriminada mezcolanza de lo programático, lo ideológico y lo normativo, y en del absolutismo, fomenta la rotura de fronteras entre el fanatismo religioso farisaico y los proyectos políticos.

2.-La aparición del modelo moderado.

La rebelión de los sargentos (1837) puede ser el fenómeno alrededor del cual podemos fijar el comienzo de esta etapa, que

fluye a través de las Constituciones de 1845 y la "non nata" de 1856, hasta el estallido de 1868.

La característica fundamental de este período es la atracción irresistible del eclecticismo, el pragmatismo y la recta medición (Cousin, Bentham, etc...) en los espíritus que sin embargo una y mil veces cayeron en la tentación de la más exagerada "hybris". Las guerras carlistas, las mil sublevaciones, la figura - de Narváez son arquetipos históricos de una historia normativa - que tejó y destejó una y mil veces la trama jurídica de las - instituciones fundamentales entre las que sin duda se encuentran los derechos humanos.

3.-La explosión democrática.

Constituye esta etapa el período lleno de claroscuros formado por los años 1868 a 1874.

En esta etapa la claridad teórica de los objetivos quedó - truncada por la propia dinámica de los instrumentos o medios sociales y económicos inadecuadamente utilizados por los protagonistas políticos que fueron dominados por tal dinámica, para acabar en una organización política, social y jurídica perfectamente adecuada a los equilibrios de poder reales -socio-económicos que su pusieron la implantación tan sólo pero bien firme del doctrinarismo.

4.-Doctrinarismo

La Constitución de 1876 y toda la constelación normativa que

la rodeaba configuró nuestro país de modo tal que esterilizó toda posible evolución positiva, incluso en el marco de una exaltación voluntarista como la de 1930.

Con este esquema vamos a estudiar la historia normativa de los derechos fundamentales.

B.-División conceptual

Las declaraciones normativas constitucionales que vamos a examinar pueden y deben ser divididas en tres niveles de análisis que permiten una mayor profundización:

1) Derechos materiales. Vamos a considerar las declaraciones o formulaciones que recogen contenidos referidos a garantías, libertades y derechos fundamentales. Naturalmente, al no tratarse el presente trabajo una historia de tales derechos, en su aspecto material, deberá ser reducido el campo formal de este análisis a la faceta propia del tema que nos ocupa, esto es, el análisis de tales formulaciones en cuanto supuestos materiales del derecho a la jurisdicción.

Se trata, pues, de determinar en qué modo y medida, las declaraciones constitucionales recogen los derechos fundamentales, y hacen de tales derechos, y de las normas que los consagran, - supuestos jurídicos de posibles pretensiones jurisdiccionales. - Determinar esta calidad supone no sólo evaluar sus contenidos - desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, sino tam

bién medir, desde un punto de vista político, la concreta mentalidad con que los diferentes constitucionales concebían estas libertades, y el grado de eficacia que pretendían para estos derechos y su ejercicio por los ciudadanos.

2) Derechos jurisdiccionales. Se trata de incluir sistemáticamente en este epígrafe todas aquellas formulaciones que hacen referencia al modo de cómo deban ser llevados adelante los procesos, en sus diversas fases, incluso las preparatorias, y en especial las que pueden suponer relación con la dignidad, libertad, o defensa de la persona.

Su enumeración y formulación son muy importantes desde el primer texto constitucional, son de gran amplitud, y las referidas específicamente al proceso penal muy precozmente desarrolladas. Precisamente la importancia otorgada a esta materia, desde un principio exige un tratamiento específico.

Pero aún si esto no fuera suficiente, hemos de considerar en su momento que la tradición constitucional española desde 1812 hasta finales de siglo incluye entre las garantías de este tipo, a las que históricamente han aparecido como las primeras en el tiempo: "habeas corpus", tormento, principio de legalidad, etc...

3) Derecho de libre acceso. Esta categoría procesal que para nosotros ha adquirido un significado que trasciende su encasillamiento como categorema rituario, constituye un punto importante de nuestro análisis

Necesita este trabajo examinar la formulación normativa de este tema de un modo detenido, tanto en sus posibles declaraciones directas, como en aquéllas que suponen indirectamente la existencia de tal posible acceso.

Nos encontraremos que constitucionalmente este derecho no se formula de modo expreso sino muy tardíamente, aunque su presencia implícita como piedra angular del sistema procesal resulte innegable.

II.-LA CONSTITUCION DE BAYONA.(2)

Las características fundamentales de esta Constitución, cuya importancia trasciende, de hecho, a todo tipo de formulación normativa que en ella se puedan encontrar, son:

a) El tratarse de un texto o carta otorgada, cuyo planteamiento o cristalización proviene del poder, sin una previa instancia de los súbditos, en un doble aspecto: se trata de un dominador extranjero, por un lado, y por otro, consagra y formaliza un tipo de ejercicio de poder cesarista, con ribetes democráticos - ilustrados (3).

b) Consiste en su mayor parte, y de modo principal en los aspectos que ahora nos toca analizar, en una copia de los textos constitucionales franceses consulares e imperiales, a los que, - sin embargo, se van a añadir -curiosamente en estas precisas materias- jugosas adiciones y glosas originales de los miembros es

pañoles de las sucesivas comisiones que propusieron correcciones a los textos auténticamente "dictados" por Napoleón. (4).

A.-Derechos materiales

La Constitución recoge los siguientes derechos fundamentales:

1.-Habeas corpus" e inviolabilidad personal y del domicilio

Su tratamiento es de una notable amplitud, tanto en la materialidad y minuciosidad de los preceptos (arts. 126 a 132) (5), como en el tono de las declaraciones, cuya tersa y neta formulación normativa otorga a todos los súbditos los derechos que recogen.- En efecto, las garantías fundamentales se atribuyen como facultades y se regulan en una apreciable extensión.

Estos artículos no aparecieron en los dos primeros proyectos de redacción de la Carta, y su inserción en el tercer proyecto (como arts. 107 a 113) (6) no se debió a instancias de los comisionados españoles, sino a la intervención imitativa de los redactores franceses. Constituyen estos artículos una copia de la Constitución francesa del año VIII (7), que, como se sabe, es la que de modo más escaso y oscuro recoge las garantías individuales en un título muy genérico, cuyo propio enunciado revela estas características "Disposiciones generales", no sólo normativas, sino también políticas.

2.-Abolición del tormento.

Se refiere a él, el artículo 133 de la Carta. (8).

La primitiva redacción de esta norma (art. 114 del tercer proyecto) recogía simplemente una versión literal del art. 82 de la citada Constitución francesa del año VIII. (9).

Sin embargo, en su discusión por la Asamblea reunida en Bayona se introdujo el significativo primer inciso "El tormento queda abolido", que no figura para nada en la redacción francesa, y que representa la firme voluntad de los redactores españoles - de que ninguna forma de este tipo de conducta fuera autorizada por la norma fundamental, como podía de algún modo inferirse de la declaración francesa, cuya ambigüedad estribaba en parecer admitir algún tratamiento degradante para la persona, "cuando la ley lo autorizare" (10).

Esta manifiesta voluntad se reflejará, como veremos más tarde, en la Constitución de Cádiz. Pero al constatar al momento presente la tajante declaración de Bayona, a instancia de los españoles que intervinieron en su redacción, adivinamos la dolorosa experiencia de tiempos anteriores como condicionante de una expresión firme en su propósito de borrar del país prácticas tan vejatorias como infamantes para sus mismos autores.

3.-Promesa de la libertad de imprenta.

La Constitución francesa del año VIII no recoge en el título de Disposiciones generales a que se ha hecho referencia un precepto sobre libertad de prensa, que ya se considera vigente en el senado-consulta del año XII (11).

En el Estatuto, sin embargo, a instancia española se reconoce el derecho a la libertad de imprenta (fué LLORENTE quien solicitó su inclusión) (12), pero las circunstancias dominantes y la preocupación de Napoleón impulsaron a formular una promesa de reconocer tal libertad, solo después de dos años, a contar no de la fecha de la Constitución, sino de que se hubiese ejecutado enteramente (Art. 145) (13), como señal de pacificación del Reino. Tal redacción suscitó curiosamente las iras de los assembleistas españoles que la juzgaron tibia y tardía, pero que no obtuvieron otro resultado que su propio desencanto (14).

Se contiene también en el artículo otro germen de limitación a esta libertad y es la previsión de una ley futura reguladora de su ejercicio

4.-Formulación indirecta de la igualdad

El art. 140 (15) del Estatuto recoge una formulación de la igualdad de los ciudadanos en cuanto que la nobleza (que se mantiene en sus grados y clases) no constituye obstáculo ni ventaja especial para los cargos, empleos o cargas u obligaciones públicas.

Este artículo sí tuvo antecedentes en los anteriores proyectos que eran mucho más precisos y concretos con referencia a determinadas prebendas o estados (16): órdenes religiosas, militares, etc...La intervención de Urquijo rebajó la radicalidad de aquellos preceptos, que eran dos, y sin borrar formalmente la decla-

ración -especialmente su demagógico último inciso tan abstracto como ineficaz- vino a consagrar, por omisión, la desigualdad de los españoles para determinados cargos, en concreto, p.e.: acceso a las órdenes militares. (17).

Por lo demás la misma redacción es definitiva, y su regulación normativa no atribuye con claridad, derechos jurisdiccionales.

B.-Derechos jurisdiccionales (18).

Resulta muy gratificador para quien mantiene la tesis de - la importancia de estos derechos dentro de un sistema eficaz de las garantías fundamentales comprobar en torno al Estatuto de - Bayona estos puntos:

1.-Los Derechos jurisdiccionales recogidos en el Estatuto constituyen un amplio sistema procesal de protección al que, como veremos, se concede una especial importancia no solo por la minuciosidad de su redacción sino también por la atribución a ór ganos de una excepcional relevancia de las competencias en estos puntos.

2.-Ya desde el primer proyecto de Estatuto o Constitución, los notables españoles, a cuyo juicio y corrección se sometieron los esbozos de carta, pusieron un especial énfasis en el tratamiento de este tipo de instituciones. Así URQUIJO, en su Informe (19) hace especial hincapié en la definición de la inamovilidad

de los jueces, en el establecimiento de mecanismos que abaraten la justicia, en la separación de jurisdicciones, con restricción a sus justos límites de la eclesiástica etc...El Consejo de Castilla formuló, en un largo informe, una serie de observaciones, que, al parecer, exasperaron a Napoleón (síntoma de lo acertado de sus apuntes) y en él se hacía una amplia enumeración de condiciones que debería cumplir el sistema jurisdiccional: competencias, acortamiento de términos, determinación de apelaciones, señalamiento de un Tribunal de casación, inamovilidad, etc..., que se recogieron y plasmaron en el segundo proyecto. (20).

Con ello se llegó a la redacción de un tercer proyecto en el que se introducen o fijan:

- a) Las competencias del Senado y las Juntas senatorias sobre la libertad individual y de imprenta.
- b) Determinados artículos insertos dentro del título correspondiente al orden judicial.
- c) La copia de extremos procesales sobre el "habeas corpus" en el título VII.

La discusión y la redacción definitiva de estos extremos - se desarrollaron así:

1) El Senado y las Juntas Senatorias.

Las atribuciones senatoriales en torno a las garantías fundamentales recogen (a instancia española) la disciplina que a este respecto instauraron en Francia los "Senatus-consulta" de los años X y XII, que ya hemos citado, (cfr. nota 11).

En el primero de ellos se establecía la posibilidad de declarar, cuando las circunstancias lo exigiesen, fuera de la protección recogida en la Constitución a determinados Departamentos (art. 55, Constitución del año X) (21). Esta norma se recogió con alguna mayor concreción en el art. 36 del tercer proyecto, concretando cuales fueran esas circunstancias: "sublevación a mano armada o inquietudes que amenacen la seguridad del Estado". Además y a instancia de AMOROS (22), cuando el proyecto fué revisado por la Asamblea de notables españoles, recibió el número 38 y se concretó a "tiempo y lugares determinados".

Las otras atribuciones conferidas al Senado se expresan por primera vez en el art. 37 del tercer proyecto (luego art. 39 del Estatuto). Este precepto que no tiene precedente alguno en la legislación francesa, dice textualmente que "toca al Senado velar sobre la conservación de la libertad individual y de la libertad de imprenta, luego que esta última se establezca por ley". Los modelos franceses recogen estas atribuciones, pero sin declarar sus esencias, regulan su disciplina en normas que el Estatuto sigue muy de cerca.

Estas normas procesales instauran sendas Juntas Senatorias a imagen y semejanza de las francesas, cada una de ellas encargadas de cada una de las libertades enunciadas.

Las Juntas Senatorias estaban formadas por cinco miembros de tal cuerpo, nombrados tras elección y sus atribuciones consisten:

a) En el caso de la libertad individual la Junta conoce sobre sí el interés del Estado justifica una detención durante más de un mes de una persona sin ponerla a disposición del Tribunal competente. Revisado el caso, si no se estima que concurre ese interés, se requerirá tres veces, durante el espacio de otro mes, al correspondiente Ministro para que libere al detenido o lo ponga a disposición del Tribunal. Si no se hace así, la Junta ha de convocar al Senado para que declare la arbitrariedad de la detención, y la deliberación habida sobre este tema se elevará al Rey. Este, a su vez, encargará de su exámen a una Junta, compuesta por los presidentes de sección del Consejo de Estado y de cinco individuos del Consejo Real (y no a la Alta Corte, que también se crea en España, a semejanza de Francia, pero a la que no se atribuye aquí esta competencia, que sí le está conferida en el vecino país). El Estatuto no señala cuáles deben ser los efectos prácticos y resolutivos de esta segunda Junta (23).

El análisis de la disciplina procesal en esta materia, en comparación con la ya vigente en el antiguo derecho español, ofrece y ya lo hizo en su tiempo, conclusiones muy pesimistas sobre su calidad. Así, la Asamblea de notables protestó vivamente por boca de la mayoría de sus diputados (Colón, Lardizábal, Torres, Alcalá Galiano, Góngora, Arribas, Gómez Hermosilla, Pereyra y Llorente) contra la enorme extensión de los plazos fijados y contra el silencio sobre la efectividad de la declaración de arbitrariedad abogando por la reducción del plazo a dos semanas y la ejecutividad de la resolución; propuesta rechazada por el mismo Napo-

león. Era evidente que esta normativa suponía un gran avance para la Francia, sobre la que pesaba el cercano, vivo y penoso recuerdo de las "lettres de cachet", pero constituía un retroceso en un sistema como el tradicional español en el que el plazo del "habeas corpus" se reducía a veinticuatro horas, y era obligatoria una decisión efectiva sobre la declaración. (24).

Hemos de subrayar que los redactores franceses introdujeron con habilidad el concepto de interés del Estado, forma embozada de aludir a la razón de Estado, propia del antiguo régimen, pero superviviente arquetípico en unas mentalidades aún no renovadas, y que no suscitó el menor reparo entre los españoles, también hechos a tales categorías.

b) La Junta Senatoria de Libertad de imprenta tenía una regulación morfológica y funcional muy parecida a la ya examinada, y su misión consistía en conocer los casos de violación de esta libertad que no estuviese justificada por un perjuicio del Estado (aquí no se habla de interés del Estado, concepto que sí aparecía en la tercera redacción) y que no se refiriese a prensa periódica (que no gozaba de tal protección). El examen de la Junta, seguido de los tres requerimientos, la deliberación del Senado, y el nuevo examen de la Junta de designación real guardan un estrecho paralelismo con el procedimiento en el caso de la libertad personal. (25).

Como ya señala SANZ CID (26), la inexistencia en España de

una tradición en esta típica libertad, hizo que los mismos diputados que "tacharon de lenta y ficticia la garantía de la libertad individual se alarmaron, por el contrario, por la excepción establecida en el artículo 43" (luego art. 45 definitivo). Los temores iban en el sentido de que tal excepción supusiera la consagración de la total libertad de prensa, cuando, en realidad, su finalidad -y así lo demostró en la práctica- era precisamente, la contraria. Solo una voz se levantó para alabar la implantación -de esta libertad, y fué la del catedrático de Alcalá, NOVELLA, -quien pidió se extendiera a la enseñanza verbal.

¿Cuál es el juicio que merece la regulación de estos derechos jurisdiccionales?. Es más bien negativo. Frente a la amplitud y sonora generosidad de las normas estatutarias que declaran los derechos, los artículos que plasman su protección jurisdiccional reflejan el decidido empeño de una potencia invasora, imperialista en su política exterior y retrógrada en su organización política interior (la Francia post-revolucionaria, consular e imperial), de recortar al máximo, en aras de un interés, razón o beneficio del Estado, los derechos fundamentales. Constatamos ya -desde el principio que el arma utilizada con el fin político de subordinar la libertad al orden y la persona al Estado es precisamente una hábil manipulación de los instrumentos procesales, -sin negar la existencia de otros. Más tarde, habremos de completar esta conclusión establecida desde el comienzo con otros análisis de estos mismos textos estudiados de modo sistemático y relacionado con otras épocas históricas. Sin embargo, la lectura -que llevamos hecha hasta ahora permite adelantar esta deducción (27).

C.-Derecho de libre acceso.

Determinar la formulación constitucional positiva del derecho de libre acceso supone tratar de determinar cómo se ha vertido en una norma fundamental no sólo la consagración de la facultad atribuible a todo ciudadano de acudir a los Tribunales en demanda de pretensiones, sino también verificar que se haya plasmado la posibilidad de acceder a ellos con pretensiones referidas a los derechos o libertades fundamentales .

En el Estatuto de Bayona no se recoge la primera de las formulaciones, y sí la segunda.

El derecho de libre acceso, en general (y así lo vamos a constatar a lo largo de nuestro exámen histórico de este Estatuto y de las subsiguientes Constituciones del XIX) no se recoge como principio normativo constitucional hasta el siglo presente. - Durante el siglo XIX, sólo se recoge el principio de la jurisdicción y no el derecho de libre acceso en general. Este fenómeno no es peculiar en España; CASATI lo ha puesto de relieve para Italia; y como veremos al tratar con más extensión este tema en el apartado correspondiente a los principios del proceso en relación con los derechos fundamentales de este mismo capítulo, su aparición como norma positiva se debe a la revolución técnico-jurídica que significó la teoría pura del Derecho y la figura de Kelsen.

Sin embargo, el libre acceso en general constituía un prin

cipio universalmente admitido y conformaba el envés esencial del principio de jurisdicción consagrado en todos los textos legales constitucionales españoles, desde el art. 98 del Estatuto de Bayona. Quede aquí indicado que tal principio se declara en la norma fundamental que ahora analizamos, bajo la solemne fórmula de que "la justicia se administrará en nombre del Rey por Juzgados y Tribunales que él mismo establecerá", ya presente desde el segundo proyecto.

Sin embargo, aparece en el Estatuto una importante innovación: la consagración del derecho de libre acceso, en el caso de la libertad personal y de imprenta, a las Juntas Senatorias correspondientes y de que se habla en los arts. 41 y 46 del Estatuto.

La innovación es de importancia más teórica que práctica, pues como ya hemos visto, si bien el montaje procesal práctico no llegaba a consagrar una auténtica y eficaz protección, se consagraba por primera vez de modo balbuciente e imperfecto, pero inequívocamente delineado, lo que, andando el tiempo, sería el recurso de inconstitucionalidad.

Por último hemos de señalar la consagración constitucional del recurso de reposición -con características de revisión para los juicios criminales- ante un tribunal de reposición constituido por el Consejo Real, creado en este Estatuto (arts. 104 a 107).

D.-Consideraciones sobre el Estatuto

Norma de "regeneración" llama CARR al Estatuto, y alude al

deseo de Napoleón de limpiar a España de "leyes horribles" (28).

Es evidente que los propósitos reformadores estaban claros en la mente y en los hechos del Emperador, si por reforma se entendía organización política y jurídica que igualase a España, no a las conquistas democráticas revolucionarias de Francia, sino a un régimen tibio y nebuloso instaurado en la época consular e imperial (29). Por lo demás los duros ejercicios de la represión y el estado constante de guerra de liberación convirtieron al Estatuto en un adorno jurídico-político sin casi aplicación, ni incidencia directa en los tiempos para los que se dictó, ni influencia tangible en las normas fundamentales que luego se sucederían en España. El Estatuto fué un papel mojado. En lo positivo, la buena intención del rey José y de los afrancesados, y en lo negativo, el lento desangrarse de seis años de guerra fueron la única herencia que nos dejó el texto (30).

En el punto que ahora nos toca analizar el balance es positivo (en la parte que lo es) desde el punto de vista teórico de la exhumación histórica y como elemento de contraste con la otra realidad constitucional más viva y pujante de Cádiz. La historia del liberalismo político y jurídico empieza en España en 1.812, y aunque los antepasados sean comunes -la Revolución de 1.798- -la versión estatutaria es fría y llena de reservas "imperiales" e "imperialistas".

Desde el punto de vista práctico, de Bayona no quedó nada,

ni a largo, ni a corto plazo, en el orden procesal constitucional. Mucha mayor importancia práctica tuvo, para desgracia de los españoles "ocupados" la Ley sobre el Tribunal Extraordinario y temporal de Vigilancia y Protección (31), auténtico instrumento legal de represión, no contemplado por la áurea previsión del Estatuto, pero impuesto como necesario recurso de un ejército de ocupación. La distancia abismal entre ideal y realidad en torno a la protección procesal de los derechos humanos en España es una constante que hay que reconocer como viva desde 1.808 para desgracia de nuestro siglo XIX.

III.-La Constitución de Cádiz (32).

Este importantísimo texto español sigue constituyendo hoy en día un campo de batalla de feroces luchas entre posiciones ideológicas opuestas. Su asunción como tradición de "valor entendido" entre mentalidades centristas y progresistas, que no eluden señalar sus silencios, vacíos y ambigüedades, pero que reconocen el alto valor práctico y, aún más, simbólico para nuestra Historia, contrasta con la acritud (no exenta entodo caso de un explicito deseo de objetividad) de autores calificables como tradicionalistas, que, mantienen viva la llama antigaditana en nuestros días.

Frente a la posición, que el autor de estas líneas parece objetiva y serena de ARTOLA, TUÑON, SEVILLA o SANCHEZ AGESTA, aparecen los esfuerzos denodados de Federico SUAREZ y sus discípulos por rebajar el mérito de nuestra auténtica primera Constitución. (33).

Uno de los puntos en los que más ha insistido este segundo grupo es en la acusación de afrancesada y poco original a esta - Constitución (34).

La acusación tiene indudablemente un fundamento "in re". El exámen y cotejo de nuestros preceptos y los franceses dejan adivinar sin duda que los legisladores de Cádiz se inspiraron al menos en aquéllos. Y ello es tanto más perceptible cuanto más arriba nos remontemos en la cadena de proyectos y textos preparatorios de la Constitución. Existe una indudable paternidad en los orígenes del texto constitucional, que, como muy bien se ha puesto de relieve, es atribuible al confuso y afrancesado personaje Ranz - Romanillos. (35). Sin embargo en lo que se acaba de apuntar se contiene un inicio de excusación ante esas acusaciones. Aún dando por bueno que no sea de recibo el hecho de inspirarse en una legislación extranjera para formular leyes patrias, aunque sean fundamentales, y esta imputación no es del todo defendible por un jurista acostumbrado a la inspiración en el Derecho comparado, a la que quizá están menos habituados determinados historiadores, hemos de subrayar que conforme se avanzó en el trabajo legislativo, nuestra Constitución fué asumiendo una redacción original y propia. Se inspiraba, sí, en los principios fundamentales de una nueva visión político-jurídica instaurada en la revolución francesa, pero su ropaje literario, estructural y técnico constituyó una auténtica novedad. Este extremo es especialmente válido, como veremos más tarde, en los temas de derechos fundamentales y protección a esos derechos, que es el objeto formal de nuestra investigación.

Precisamente esa innegable novedad produjo un curioso efecto. Las naciones europeas, que, con posterioridad en 1.812, desearon instaurar el régimen constitucional en su propio territorio, se inspiraron en nuestro texto de un modo casi mítico por lo literal de su copia. Nuestra Constitución, como ha puesto de relieve ~~Francisco~~, no solo suscitó la atención de gobernantes y teóricos extranjeros desde el mismo momento de su promulgación, sino que influyeron de modo decisivo en Portugal e Italia (en sus diversos Reinos: Sicilia, Piamonte y Cerdeña) (36).

Las razones que se pueden aducir en justificación de tal influjo son varias, por un lado, se encuentra la semejanza de las condiciones sociológicas y políticas entre España y aquellos Reinos. A ello se une el hecho de que al tiempo de producirse el influjo, Francia ya no era el paraíso revolucionario pre-consular, sino una nación mediatizada en su política y en su legislación por la experiencia, a la larga frustrante, del Imperio, y de la mixtificación de los ideales de la revolución, que ya hemos detectado más arriba al tratar de Bayona y su espíritu (37).

Este es pues otro argumento en favor de la originalidad de nuestro intento. Cuando se reúnen las Cortes en Cádiz, el modelo vigente en Francia es el imperial, según hemos analizado pero los reunidos rechazan este modelo y eligen -la originalidad también está en la elección- los modelos republicanos para su inspiración (38). En 1.812, nuestra Constitución es más puramente liberal que la vigente en Francia. Y en este mérito innegable no reparan los críticos de los padres de Cádiz.

Vistas estas acusaciones, admitidas como tales y exculpas en lo que cabe, hemos de reconocer que si en algún caso son menos justificadas, es precisamente en el tema que nos ocupa.

A.-Derechos materiales.

En el proyecto inicial llevado al exámen de la Comisión de Constitución, cuyo autor fué RANZ ROMANILLOS, aparecían en el Capítulo I de los Principios Generales los artículos 3 al 6 que - formulaban una declaración de derechos de los ciudadanos a la seguridad, libertad, propiedad e igualdad, (39), definiéndose, de un modo un tanto esencialista, las notas de cada uno de estos - conceptos, habiéndose extendido la discusión con más detención - en el concepto igualdad. Así el 10 de Abril se establece un texto definitivo que tiene estas características.

El tono de este primer y venerable esbozo de tabla de derechos española es claramente esencialista y conceptual. Pese a que se unen al concepto derecho, la amplitud de las definiciones convertían a este texto en un ideario político, y no en el soporte normativo del ejercicio de unas facultades jurídicas. Su sumisión casi literal a los paralelos artículos de las Constituciones francesas de 1.793 y 1.795 (40), eran esclavizantes. Los defectos de tipo técnico jurídico-político, ampliamente puestos de manifiesto por la doctrina moderna, que se adivinaban en las normas francesas eran también achacables a la redacción afrancesada de la Comisión.

Sin embargo, el 7 de Agosto y cuando ya la citada Comisión

se disponía a someter su proyecto a las Cortes (recordemos que es el 25 del mismo mes cuando comienza la discusión general) se produce en estos textos una sensible revolución, cuyo alcance hemos de subrayar. (41).

El diputado ESPIGA tiene en esa fecha la iniciativa de "dar otro aire a los artículos que tratan de los derechos de los españoles, por parecer a algunos de los señores de la Comisión que - será más original y sencillo enunciar las cosas sin hacer la enumeración de los derechos". Las Actas de la Comisión, en su lenguaje escueto y cuyo sentido último trasciende en este caso su formulación externa, reflejan un cambio de opinión, cuyo exacto alcance habremos de analizar teniendo en cuenta no sólo lo que se dijo e hizo en torno al artículo 4 en el que ordenó "se indicasen o expresasen las definiciones (aquí, a la vista de lo hecho hay que tomar definición por enumeración) de los tres primeros derechos (la libertad, la seguridad y la propiedad) y oblicuamente - se insinuase el cuarto (la igualdad)", sino también cuanto se formuló en torno a estos mismos derechos a lo largo del texto constitucional.

Los derechos fundamentales en la Constitución aparecen declarados de modo conciso, en el artículo 4, y de modo expreso referidos a diferentes materias en los arts. 247 (juez predeterminado), 280 (derecho a dirimir contiendas por árbitros), 287 en relación con los 290, 293, 300, etc. (habeas corpus), 371 (libertad de imprenta), 373 (derecho de petición), 303 (prohibición de tormento), 306 (inviolabilidad del domicilio), 308 (suspensión de garantías.).

Si se compara esta estructura sistemática de la normativa sobre libertades públicas con las contenidas en las Constituciones francesas de 1.793 y 1.795, a cuya pauta hemos de suponer se ajustaba el perdido proyecto de RANZ ROMANILLOS, por los inicios ya comentados, hemos de concluir que hay un "nuevo aire" que, - efectivamente, va más a las cosas, a la realidad, y menos a los "derechos" (expresión notoriamente errónea de las actas) esto es a la idealidad y a lo programático.

La opinión de esta tesis es que ese nuevo aire es el propósito de concebir las declaraciones de derechos, en su formulación y en su sistemática, como un entrelazado armazón de normas que consagran facultades.

Lo que Spiga inicia y la Comisión acoge como absoluta originalidad en su concepción -que se separa del modelo francés de las Constituciones indicadas -es una nueva visión de los textos constitucionales sobre los derechos fundamentales. ¿Por qué aludir solo abstracta y veladamente- oblicuamente se dice en las Actas- a los principios en la parte doctrinal?. ¿Por qué explicitar los contenidos de los valores que constituyen los derechos a la inviolabilidad del domicilio, de habeas corpus, de libertad de - imprenta, de integridad personal (expresado en la forma más concreta de prohibición de tormento) etc... precisamente en los títulos y capítulos en que se organizan y sistematizan las funciones, facultades e instituciones relacionada "in re" con tales de rechos?.

Se puede suponer que es porque los legisladores españoles son conscientes -y el ejemplo de Bayona o de la Francia imperial están a la vista- de que el problema de los derechos fundamentales no está en formularlos sino en concebirlos como facultades jurídicamente formuladas -individual y sistemáticamente, funcional y orgánicamente- y como facultades jurídicamente protegidas. (42).

He aquí pues, la gran originalidad de nuestros legisladores, y su gran mérito: superar en 1.812 los vicios idealistas de su "modelo" francés, incluso el ya no vigente revolucionario, y poner el dedo en la hipótesis técnico-jurídica que venimos defendiendo. La protección procesal es esencial al derecho fundamental, y aquélla tiene su soporte en que la norma consagre derechos, facultades, poderes, y no ideales o programas. La Comisión de 1.811, quizá profetizando sin saberlo, supo hacer las cosas de modo que venció la tentación conceptualista. Esta originalidad - bien puede justificar una labor, a veces tan criticada.

Analizamos a continuación cada una de las libertades reconocidas como objetos de un posible ejercicio de acciones.

1) Declaración general de protección a la libertad y los derechos.

Han llamado siempre la atención para los constitucionalistas las dos facetas típicas de nuestra Constitución de Cadiz. Por un lado, la preocupación de sus formuladores por establecer normativamente en su mayor amplitud los más pequeños detalles del -

funcionamiento básico de las Instituciones (43); pero también por otro, el formular al mismo tiempo, de un modo ingenuo y confiado, una serie de solemnes principios, que simplemente por el hecho - de ser explicitados se convirtiesen casi "ex opere operato" en - carne y sangre del Estado y de los ciudadanos (44).

Pues bien, aunque abundan ejemplos de esta última radicali-
dad político-moral a lo largo de todo el texto, es en los títulos I y II donde brillan los especímenes más conocidos de tal exage-
ración. Uno de ellos es sin duda el art. 4 (45) que impone la obli-
gación a la Nación (?) de conservar por leyes justas y sabias la
libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de -
todos los ciudadanos que la componen.

Su sola enunciación puede hacer aparecer la misma sonrisa
que ha producido casi desde su propia discusión en las mismas -
Cortes el artículo 6 al establecer como obligación "una de las -
principales obligación de los españoles la de amar a la Patria",
o la de "ser justos y benéficos"; o el inefable art. 13 que de-
fine cual es el objeto del Gobierno, a saber, "la felicidad de -
la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro
que el bienestar de los individuos que la componen".

El repaso a estos principios jurídicos no es una mera anéc-
dota, refleja algo que es muy importante en nuestro análisis. Al-
go que era absolutamente clamoroso en el proyecto -según ya he-
mos indicado más arriba- pero que aún perdura. La Constitución -

es la obra de unos políticos y su función política se superponía y dominaba a la función jurídica -por mucho que la mayoría de - sus componentes fueran eminentes juriconsultos-, y cuando la formulaban hacían no sólo -y quizá no fundamentalmente- un texto legal sino un ambicioso programa plítico, que iba desde los primeros principios de ética política a los más desmenuzados detalles de morfología y funcionamiento de la Nación. Así podría explicarse también la famosa réplica de CALATRAVA a GOMEZ FERNÁNDEZ en - el sentido de que las Cortes son un Cuerpo constituyente, y no - un Colegio de Abogados (46).

A esa luz, se puede interpretar adecuadamente el sentido - de la "obligación" que el art. 4 impone a la Nación, que además es atendida quizá excesivamente confiada en el poder legislativo, por una mitificación excesiva del cuerpo representativo de la voluntad nacional y que se reflejará en otros puntos, como luego veremos, la obligación es moral y política, expresa un buen deseo de hacer algo, que además "debe ser" hecho de modo justo y - sabio, los ciudadanos, los individuos no pueden exigir por medio jurídico alguno que "la Nación", esto es, el poder legislativo - -pues de obligación legisferente se trata- cumpla con su obligación. A lo más, los instrumentos políticos, como son la elección o no elección de aquellos miembros que fueran los autores de las leyes justas y sabias, o en su caso de las inicuas y estúpidas. (47).

Si a esta conclusión nos lleva una primera lectura del texto, una segunda, integradora y que haga trascender un posible -

sentido histórico más profundo y fecundo, puede abrir un cierto intento de explicación de unos preceptos y sobre todo unas mentalidades, cuya riqueza humana y jurídica podrían resultar contradictorias con el tenor literal de sus propias formulaciones.

¿Podemos encontrar una mayor profundidad en este artículo - 4º? Creemos que sí, y para ello no es necesario salir de la Constitución, de sus propios preceptos y del espíritu que informó su corta pero intensa práctica. Hemos de poner en relación, simplemente la redacción del artículo 4º con los artículos 372 y 373 - (48) de la misma Constitución. En estos, y como estudiaremos con detención en su momento, se establecen las instituciones de los "casos de responsabilidad por infracción de la Constitución" y de "representación para reclamar la observancia de la Constitución".

Si integramos estos preceptos, y la filosofía que se desprende de su discusión parlamentaria, justificaremos otra más - amplia intención. El art. 4º impone a la Nación la obligación de respetar unos derechos, y este principio ha de entenderse así: - la Nación no son sólo las Cortes, por mucho que se hable inmediatamente de leyes sabias y justas, porque si solo de las Cortes - se tratase, como decía el Diputado VILLANUEVA (49), este precepto debería haberse trasladado al título sobre las Cortes - como - precisamente sucedió en otro punto, al que ya nos hemos referido, el art. 13 sobre el objeto del Gobierno, que en una primitiva redacción figura en este título introductorio (50), pero que luego fué colocado definitivamente en el correspondiente al Poder eje

cutivo . La Nación es el conjunto de individuos, y estos -véase la intervención de CALATRAVA (51)- tienen que respetar los derechos de los demás. Ese respeto se hipostasía en la conservación y protección de tales derechos por medio de leyes sabias y justas, esto es por medio de su promulgación, sí, pero también de la observancia y aplicación de tales leyes. Así lo dice MUÑOZ TORRERO (51) en la intervención que sigue a la de VILLANUEVA. Finalmente el objeto de ese respeto son los derechos, entre los cuales las Cortes subrayan (!filosofías del momento!) la libertad y la propiedad, concebida esta como derecho fundamental.

Se habla pues de respeto esencial y supremo de los derechos legítimos de los individuos. Respeto al que están obligados todos los ciudadanos, estamentos y poderes, incluso el legislativo, que aún diríamos aparece como primer obligado.

Pero si este respeto aparece constitucionalmente expresado, y la constitución prevé un instrumento jurisdiccional -que más tarde estudiaremos- para respetar lo ordenado por la Constitución, ¿no se está esbozando "avant la page" un recurso jurisdiccional para obtener la observancia de los preceptos constitucionales, - que ordenan incluso al legislativo la conservación y protección - de los derechos legítimos de los individuos?.

Es evidente que la respuesta a esta cuestión teóricamente formulada, que en principio ha de ser afirmativa, vendrá ratificada o corregida en parte por la práctica de esos propios precep

tos 372 y 373, y que en el capítulo V intentaremos esclarecer. - Pero lo que sí nos interesa ahora subrayar es que el art. 4 no es tan inane y vacío como a veces se ha querido hacernos ver. Es evidentemente una norma de contenido ideológico y político, pero que lleva en sus entrañas los gérmenes de una enorme virtualidad jurídica; un ejemplo más de que aún quitando a lo que vamos a decir toda la carga mitificadora del Derecho que puede aparentar y en realidad esconder, cuando un programa político se formula en la forma de ley, y se formula por juristas conformados por una auténtica comprensión de lo jurídico, ese propósito político lleva en la propia dinámica de su formulación jurídica una innegable tensión que lo hará convertirse en auténtico Derecho, porque insensible o conscientemente se le dotará de un instrumento procesal de reclamación.

2) Libertad de expresión.(52)

De los derechos fundamentales consagrados por la Constitución de Cádiz es la libertad de expresión uno de los escasos ejemplos de derecho material reconocido. Se consagra, curiosamente, dentro del título dedicado a la instrucción pública, art. 371 (53), la cual viene así curiosa y progresivamente entendida como un fenómeno que trasciende las áreas puramente académicas (Cfr. GOMEZ REINO y su impresión del jovellanismo de esta inserción) (54).

Este artículo, que establece que "todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir o publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior

a su publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que - establezcan las leyes", se aprobó sin discusión, y su formulación en el anteproyecto tampoco debió ser objeto de discusión seria.- La razón de ello es que tal artículo reproducía en su literalidad el artículo 1 del Decreto de 10 de Noviembre de 1.810 (55) en el que se hicieron ostensibles concesiones a los sectores más conservadores de las Cortes y que se reflejan en los dos conceptos subrayados más arriba:

- 1) Se limitaba la libertad de expresión a las ideas políticas.
- 2) Se preveía que pudieran existir restricciones a tal libertad.

El modelo francés del que indudablemente se tomó esta formulación, primero legal y luego constitucional fué el artículo - 353 de la Constitución francesa del año 1.795 (56), y en tal modelo no se preveían estas interpolaciones restrictivas.

Lo que sí se introducía en esa Constitución francesa y - constituye una novedad respecto de las anteriores de 1.791 y 1.793 es la referencia a la responsabilidad que pueda tipificar la Ley. La ley, naturalmente, especial de la libertad de imprenta, que por lo demás ya existía en España y será objeto de tratamiento posterior.

Esta referencia es por lo demás, y ello es importante para nosotros ahora, una indicación clara de que esta libertad era te

mida por los legisladores (57). Temida a la par que deseada en su vigencia efectiva como símbolo de la existencia de libertad. Por temida y ejercitada, los padres liberales la ordenaron, limitaron disciplinaron desde su inicio, y en esa ordenación tuvo papel relevante la protección contra el abuso en su ejercicio y quizá con menos fuerza, la protección contra la obstaculización de tal ejercicio.

Sin embargo, la protección procesal que se articula tenía, en la intención, un primer propósito tuitivo, pero en la realidad tuvo un efecto primariamente restrictivo. La historia de la protección procesal de los derechos -sobre todo en sus formulaciones legales más que en las constitucionales- tienen más este sentido restrictivo que el tuitivo. Por ello, el síntoma más claro que refleja una mentalidad regresiva frente a las libertades, es la referencia constante en los textos constitucionales a la -salvedad de las "responsabilidades, reservas y restricciones que establezcan las leyes" en su ejercicio. La práctica decimonónica doctrinaria, la experiencia totalitaria de nuestro siglo han descubierto claramente este débil flanco. Tanto más cuanto más antiguos, y por ello, más ingenuos sean los tiempos a que pertenecen las Constituciones con tales incisos.

El hecho de que a los constituyentes de Cádiz se les escape de las manos esta coletilla doctrinaria es por ello todo un síntoma de una radical desconfianza hacia esta libertad. El análisis del Decreto de 10 de noviembre de 1.810 nos lo confirmará en su momento.

3) Otras declaraciones.

La Constitución de Cádiz recoge en su texto, sin duda, otras muchas declaraciones de libertades y derechos fundamentales, que es necesario estudiar. Sin embargo estas menciones, o se hacen de modo muy rudimentario, o se recogen como garantías específicamente jurisdiccionales. Nuevamente se presenta en este caso la preocupación ideológica, por un lado, y la pragmática jurídica, por otro. Es necesario hacer en este momento una mención de aquéllas, reservando para el apartado siguiente las libertades que los constituyentes de Cádiz, con mayor o menor razón, estimaron como afeotas a lo procesal.

Hay declaraciones en la Constitución de Cádiz que se refieren a puntos: religión, cultura, etc...que en otros momentos posteriores de nuestra historia, constituyeron el objeto material de un derecho fundamental, pero que aquí no se conciben como tales derechos, sino, en algunos casos como un deber.

Así ocurre por ejemplo con la religión (58). Sabemos que en torno a este tema, y a los relacionados con él (59), se libraron en Cádiz enormes batallas ideológicas. La religión, y la Iglesia católica en sus diversas instituciones, como personificación de tal religión, constituyeron el punto crítico definidor de las diferentes corrientes de opinión política e ideológica. Asuntos como la Inquisición, las Ordenes Religiosas, el fuero eclesiástico, los bienes clericales, etc,...pusieron sobre el tapete las diferentes concepciones del mundo, el hombre y la sociedad. Pero, cu

riosamente, en todas las discusiones subyace un pensamiento común, el reflejado precisamente en el art. 12: "La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La conciencia de esta coincidencia es tan grande, que en el momento de su discusión, el Presidente propone "votarse por aclamación", el reaccionario INGUANZO (60) propone que se suprima este artículo, puesto que decir que la Nación española profesa la Religión católica es decir un puro hecho, y no se han hecho los Códigos para expresar hechos, sino derechos y obligaciones. ¿Aboga entonces por considerarla un derecho? Naturalmente no, INGUANZO exige que se exprese que la religión católica es "ley primera y antigua fundamental del Estado, que debe subsistir perpetuamente, sin que alguno que no la profese pueda ser tenido por español ni gozar los derechos de tal".

Aparece así a primera vista y con toda su desnudez en la discusión de este artículo y por boca de un ultramontano un pensamiento, que no solo no es contradicho por diputados más liberales, sino plenamente aceptado por ellos, así VILLANUEVA o MUÑOZ TORRERO, y recogido en la redacción definitiva de este artículo, que además añade: "La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra" (61).

La mención, en este inciso, de las leyes "justas y sabias" con las que la Nación ha de proteger la religión, nos recuerda aquella declaración del art. 4º ¿Es que entonces, en contra de lo que hasta aquí ha aparecido, los constitucionalistas, al utili

zar esta expresión quieren concebir a la religión, como uno de los derechos individuales, que junto a la libertad, propiedad y otros deben ser respetados?. La realidad es que no. La religión no es un derecho de la persona, es un deber. Así lo piensan y así lo dicen todos los diputados al discutir el art. 4º, en el que no se la incluye, no por olvido, sino por consciente toma de postura ante ella. CALATRAVA, MUÑOZ TERRERO, PEREZ DE CASTRO, TORENO son unánimes y tajantes: no hay libertad de religión en España. - Así los críticos de la Constitución de 1.812 tienen un argumento más en contra de sus aún más radicales tesis, que las de los radicales constituyentes.

Otra declaración suscita también nuestra atención, y es la contenida en el art. 366 (62) que puede recordar sin duda a las modernas libertades de acceso a la cultura. Es curioso que en esta formulación se sientan más las condiciones de posibilidad de tal libertad, que su abstracta y solemne enunciación, para sonrojo de modernos defensores de libertades "formales" de educación vacías de real efectividad.

En el precepto que estudiamos se indica que en todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles. Este precepto se completa con los siguientes en que se hace mención de otros tipos de centros de enseñanza mas adelantada, así como de su



organización administrativa, un principio de reserva de ley, para todas las cuestiones relacionadas con la instrucción, y la determinación de un uniforme plan de estudios, en que se incluya la enseñanza de la Constitución política de la Monarquía (63).

No se habla en ningún momento de la instrucción, la enseñanza o la cultura como derechos fundamentales ejercitables por los ciudadanos, o aspectos anejos a estas libertades, que en tiempos más recientes han venido a explicitar o completar tales libertades, como son: enseñanza gratuita en determinados niveles, etc.. Sin embargo, se hace otra cosa más importante, establecer las reglas condiciones de posibilidad de la instrucción. Y aún más, al constitucionalizar en estos preceptos las líneas fundamentales de la enseñanza, podrán ser objeto de revisión, por los cauces en la misma norma fundamental establecidos (las comisiones de casos de responsabilidad), aquellas conductas que contraríen estas prevenciones, que suponen, de este modo, un cierto estatuto exigible por todo ciudadano.

B.-Derechos jurisdiccionales

Según ya se ha indicado, aparecen en la Constitución de - Cádiz, a lo largo de su articulado una serie de declaraciones de libertades fundamentales, que se refieren al modo cómo deben ser protegidos los ciudadanos en su dignidad y libertad en relación con los procesos civiles o penales, a que puedan ser sometidos. Estas declaraciones, unas veces recogen aspectos típicamente procesales, como son las referidas a los órganos jurisdiccionales,

pero en otros casos, se incluyen, en los títulos relativos a la Justicia, auténticas libertades públicas que modernamente se consideran como derechos subjetivos fundamentales materiales, como son la prohibición del tormento, o la detención ilegal. La posible razón profunda de tal ubicación es, como ya se ha indicado - varias veces, la preocupación puesta temáticamente de manifiesto por los legisladores de Cádiz, de ir a la "realidad" y evitar en lo posible la engañosa "idealidad", en la que sin embargo cayeron tantas veces, por mucho que en algunos de estos últimos casos, hayamos detectado una mayor complejidad y una indudable virtualidad efectiva. Sin que con esto se quiera negar que la sistemática constitucional francesa ofreciese ejemplos de esta inserción.

Respetamos, por ello, esta sistemática gaditana, al estudiar en este apartado los derechos fundamentales que a continuación analizamos. Las libertades, que se declaran de este modo, se conciben en realidad como derechos ejercitables por los justiciables, y con una traducción normativa constitucional, desarrollada luego por normativa legal, que las hacen alegables y argüibles en juicio por los particulares.

Según el orden con que aparecen en la Constitución son las siguientes:

1) Protección de la libertad de imprenta por las Cortes

Entre las facultades que se establecen para las Cortes, se

enumera como la vigésimo cuarta "Proteger la libertad política de la imprenta". Este inciso, no se contenía entre las funciones que originalmente se atribuyeron al poder legislativo (64), y resulta muy difícil establecer la paternidad o los antecedentes e inspiradores del mismo, pues no se mencionan en las Actas de la Comisión de Constitución. Lo más probable es que se introdujera entre las mejoras y retoques innominados a que se refieren las correspondientes a los días 7 al 16 de agosto, precisamente entre las sesiones en que "se propone dar nuevo aire a las declaraciones de Derechos", de que ya hemos hablado, y aquella en que se firmó por los comisionados el Dictamen y Discurso preliminar de la Constitución, y en que tuvo lugar el famoso incidente del Diputado VALIENTE (65).

En la discusión plenaria en las Cortes, este inciso fué uno de los expuestos como integrantes del art. 131, que suscitó discusión. Esta se centró en el punto de que siendo la libertad de imprenta una materia regulada por ley, como otras muchas, no se - acertaba a comprender (Marqués de VILLAFRANCA) por qué se había de hacer una especial referencia a ella. La contestación corrió a cargo de MUÑOZ TORRERO, el apasionado defensor de esta libertad, con ocasión de la discusión de su reglamento, y se centró - en destacar que lo que las Cortes habrían de proteger no es el - ejercicio y cumplimiento de la ley, sino que "como esta libertad tiene por objeto servir de freno al Gobierno, debe estar a cubierto de todas las tentativas que éste pueda hacer para destruirla, y por lo mismo incumbe a las Cortes muy particularmente velar - con el mayor cuidado sobre la conservación de dicha libertad".(66).

Esta voluntad del legislador se vió llevada efectivamente a la práctica con posterioridad, pues fueron muchos los casos de responsabilidad por infracción de esta libertad que se elevaron a la consideración de las Cortes (67).

Aquella teoría y esta práctica inducen a pensar que el antecedente más próximo de esta institucionalización de la protección de la libertad de imprenta, por parte de las Cortes, procede precisamente del Estatuto de Bayona, y en especial de las facultades otorgadas al Senado, y a la Junta Senatoria de libertad de imprenta, que ya hemos estudiado. Solo que en Cádiz, la amplitud de la declaración constitucional, por un lado, y su efectiva aplicación "cuasi-jurisprudencial" evidencian las diferencias en la vivencia del liberalismo con que aventaja a la pacata declaración de Bayona.

2) Limitación impuesta al Rey por las libertades fundamentales

El artículo 172 (68) de la Constitución recoge un precepto, inspirado más en nuestra legislación patria, y en el espíritu de los grandes Bill ingleses, fundamento de la monarquía pactada, que en ningún modelo francés. Se trata de las restricciones que establece la Constitución al poder real.

La introducción de este precepto fué objeto de una abundante discusión en la Comisión de Constitución, en cuyas actas no se refleja, sin embargo, a instancias de quién, se introdujo su re-

dación. Se habla en tales actas, que hubo varios dictámenes al respecto (sesiones del 10 y 12 de julio) y que por tanto no dominó aquí la todopoderosa influencia doctrinal de ROMANILLOS. - (69). La ausencia del modelo francés nos puede dar una pista para comprender este hecho, y para entender asimismo el carácter autóctono de estas declaraciones.

¿Se articula, sin embargo, esta limitación al poder real - como un derecho ejercitable por algún sujeto, sea público, colectivo o individual, sea privado?. En realidad, no. La inviolabilidad del poder real juega aquí de un modo que, desde entonces, va a institucionalizarse en nuestra monarquía constitucional. En los casos, en que se produzca un abuso, de los denunciados en el precepto, serán responsables: el Secretario de Despacho que firme - la orden, o el juez que la ejecute. Contra ellos, podrá "la Nación" (en una expresión ciertamente altisonante) exigir las responsabilidades que correspondan, y someterlos al castigo propio de los reos contra la libertad individual.

3) Derechos reconocidos con ocasión de la reglamentación - de la Administración de la Justicia.

Se recogen en el Título V, y dentro de él, en tres capítulos, dedicados a los Tribunales, la Justicia civil, y la Justicia criminal.

El capítulo I y II recogen con gran amplitud las bases del sistema jurisdiccional y lo examinaremos con detención, por su -

extraordinario interés en el apartado siguiente, al analizar el Derecho de libre acceso.

El capítulo III encierra en sí varias importantísimas garantías específicas, que con anterioridad y posteriormente al texto de Cadíz se formularon como libertades básicas:

a) Garantías penales.

Bajo la apariencia de una exclusiva regulación procesal de cómo se asegurará el correcto enjuiciamiento de las causas criminales, la Constitución de 1.812 recoge, en el capítulo III ya indicado, las garantías propias de los arrestados en cuanto a su ostensión al Juez competente, inmediatamente a su detención, o dentro de las 24 horas, si aquello no pudiera hacerse (redacción llena de matices dignos de admiración) (art.290 y concordantes), (70). Junto a ello, y dentro de esta sistemática normativa procesal, hace además una declaración de principios sobre la inviolabilidad personal de todo ciudadano, contra cuya libertad personal no puede atentarse, sino en virtud de conducta jurídicamente penada como punible, y por medio de una actuación judicial competente (arts. 286 y 287). Con posterioridad a la reglamentación de la detención, arresto y prisión, el capítulo se enfrenta, en esta óptica procesal, con la prohibición (y la consiguiente formulación del correspondiente derecho) del tormento y los apremios (art.303), la prohibición de la pena de confiscación de bienes (art. 304), la de la comunicación de la pena del reo a la familia del que la sufre (art. 305), la consagración de la inviolabilidad

del domicilio (art. 306), la previsión de la introducción del Jurado (art. 307), la previsión de la suspensión de estas garantías (art. 308).

Cuando se examinan las actas de las discusiones sobre estos preceptos, tanto de la Comisión Constitucional (71), como de la de las Cortes (72), en pleno, llama la atención la relativa facilidad con que todos estos textos se admiten y aprueban -con algunas leves excepciones, tocantes, a los preceptos más instrumentales que luego se estudiarán-, sin que se susciten especiales disensiones en torno a ellos. La razón de esta conducta estriba, al menos en buena parte, en que muchos de estos preceptos se recogían ya en el Reglamento del poder judicial aprobado por las mismas Cortes en 12 de Mayo de 1.811, Decreto de 14 de julio (73), pero nos hemos de preguntar si los constituyentes, contagiados del clima funcional y técnico que supone la regulación básica procesal, no se están dando cuenta de que, una vez aprobados estos preceptos, se ha colocado por primera vez en España una de las fundamentales bases del régimen liberal. La realidad es que esto no es así: los legisladores de Cádiz, por mucho que situasen estos preceptos entre los dedicados a los supuestos procesales de la Administración de Justicia, son conscientes de que acuaban de formular libertades políticas y civiles muy importantes para los españoles, y tanto es así que los declaran en la misma sesión en que se culminan estas discusiones (13 de Diciembre de 1.811), y por boca del diputado GALLEGO, en una proposición que se acepta por unanimidad, se establece que en adelante "toda pro

posición que tenga relación con los asuntos que ella (la Constitución) comprende no sea admitida a discusión, sin que, examinada previamente por la comisión que formó el proyecto, se vea que no es de modo alguno contrario a ninguno de los artículos aprobados". La importancia de su trabajo es sentida de modo consciente, y por ello arbitrado un procedimiento que asegure la constitucionalidad y el respeto a los derechos humanos de cualquier moción referida a la Constitución en sus artículos posteriores. La práctica nos confirma que esto tuvo efectividad en algunos casos, como se desprende en el acta de la sesión del día 18 de ese mismo mes.

Veamos ahora con mayor detención cada uno de estos preceptos, refiriéndonos a cada uno de ellos.

b) La inviolabilidad personal.(art. 287) (74).

Los antecedentes mediatos de este precepto hay que situarlos en las Declaraciones de derechos francesas, y en las formulaciones constitucionales, correspondientes a los capítulos de la Justicia criminal de los años 1.793, 1.795 y 1.799 (75). Los antecedentes próximos, el artículo 1º del Reglamento judicial a que nos hemos referido (76).

¿Cuáles son las semejanzas y las diferencias con las declaraciones normativas y programáticas francesas?. Ambas estriban en un punto único: el precepto español adopta una vía media entre - las abstracciones ideales de las Declaraciones de derechos, y las especificidades procesalistas de los preceptos franceses. En el

caso francés, las primeras se refieren a poner en relación la inviolabilidad personal' con la determinación legal de su limitación; las segundas, establecen con toda clase de detalles, las formas, modos, autoridades , y supuestos, en que un ciudadano pueda ser arrestado, detenido o preso, con específica referencia a cuando se trate de limitar esta inviolabilidad por una autoridad administrativa, judicial o incluso del Poder legislativo. La formulación española expresa, con un acierto indudable, el derecho -en su validez ideal universal- y los lineamientos fundamentales de su ejercicio o limitación -necesaria legalidad, garantía de información y actuación judicial-.

El otro antecedente de este precepto es, como decíamos, el Reglamento judicial en 1.811 (76). Precisamente este artículo - constitucional recoge literalmente el que en aquella disposición regulaba la misma materia. El hecho de haberse discutido con gran calor y extensión, hizo que en el momento presente los Diputados aprobaran por unanimidad, y tras una pública lectura de aquel texto, el concordante constitucional. (77).

¿Cuál es la filosofía de este precepto, puesta de manifiesto en las arduas discusiones de abril de 1.811, y que por aclamación se aceptaron en las de diciembre del mismo año?. El consciente propósito de consagrar de modo directo y formal este derecho o libertad civil fundamental del ciudadano de su inviolabilidad. Y ello, a pesar de que lo que parecía discutirse era un simple - texto técnico para arreglo y rápido terminamiento de las causas

criminales. O quizá, y de acuerdo con la tesis mantenida en este trabajo, precisamente por ello (78).

Las discusiones en torno a este precepto (79) -que en un principio aparecía desdoblado en dos (80), que además supusieron el momento de la mayor confrontación y donde las diversas posturas acumularon su artillería dialéctica, reduciéndose en el resto del articulado a matizar detalles más secundarios, o a repetir lo ya dicho- se polarizaron en torno a dos temas: si este precepto y otros del Reglamento ya estaban legislados en nuestras venerables leyes, y si algunos extremos de la novela, significaban contradicciones con preceptos antiguos (81). Los conservadores extremaron sus argumentos a favor de estas dos tesis, volviendo a repetir que las formulaciones propuestas por la Comisión de Justicia eran afrancesadas. Las posiciones liberales fueron defendidas (82) con gran brillantez por OLIVEROS, CALATRAVA y ARGUELLES, y sus argumentos consistieron precisamente en dar la vuelta de las contrarrazones de sus adversarios: los textos suponían por primera vez "desde Jafeth..." como señalaba con pompa OLIVEROS, una expresa declaración de libertades fundamentales en nuestro Derecho, que si bien se habían recogido en textos o recopilaciones legales, no lo habían sido hecho con claridad, sistemática y ausencia de contradicciones. Es más, decían, si de hecho estas normas no se cumplían, como todos reconocían en la discusión - (apelando al inicuo juicio y destierro a Mallorca del mismo JOVELLANOS, presente en las discusiones) era precisamente, porque había otras que contradecían la letra y el espíritu de estas liber

tades, que había que derogar, mediante la explícita aprobación - de las presentes, por un lado; pero, que, por otro, existía una auténtica novedad en el precepto legal, y luego constitucional - que estudiamos, y era la posibilidad de castigar al juez que violase tal norma. Nuevamente observamos que nuestros legisladores de Cádiz comprenden, que no hay modo de proteger una libertad, si no es instrumentando su posibilidad de exigencia jurisdiccional.

c) El "habeas corpus". (art. 290) (83).

Así como la formulación constitucional de la inviolabilidad personal se tomó expresamente del Reglamento procesal de 1.811, este último texto legal no recoge, con la precisión de la declaración constitucional, la garantía fundamental del "habeas corpus". Sin embargo, tiene este artículo antecedentes de una gran riqueza que configuran su autentica entidad.

Las Cortes de Cádiz habían manifestado desde muy pronto su decisión de legislar en torno a este tema. En la sesión del 14 de diciembre de 1.810, Don Manuel LLANO formula una proposición, en el sentido de que se "redacte una ley del tipo del "Habeas corpus" inglés, formándose una Comisión, cuyos trabajos se viene a confundir poco después dentro de los realizados por la Comisión de Justicia, en preparación del Reglamento tantas veces citado.

Sin embargo, en este Reglamento no se recoge el pensamiento que preside este apartado, sino en su art. 5. que de un modo bastante vago indica que "nadie podrá ser detenido preso por mas de

veinticuatro horas sin que se le diga la causa de su prisión, que se halle justificada sumariamente, y que se le instruya el nombre del acusador". La discusión en el Pleno de este precepto indica que los diputados no caen en la cuenta del exacto alcance que puede tener tal declaración, y la problemática que plantean es - de orden eminentemente técnico (84).

El tinte solemne del artículo 290 de la Constitución en obra, sin duda de RANZ ROMANILLOS, según recoge el acta de la sesión de la Comisión de 4 de Octubre (85), y en su redacción se delinean con toda claridad los preceptos constitucionales franceses sobre la materia, más que los ingleses correspondientes. Sin embargo, hay en este precepto algunos extremos que merece la pena subrayar. En los concordantes franceses, se habla de la conducción del detenido a la presencia de un oficial de policía (86), que puede ser también la autoridad que dicte la orden de detención. La determinación en nuestra Constitución de que tal orden proceda expresamente de un juez, y que ésta sea exclusivamente la autoridad a la que se ha de presentar el reo, es una innovación llena de un alto sentido progresista, y que curiosamente se toma de nuestra legislación tradicional patria, en especial de las Partidas (87). En ninguno de los tres textos constitucionales franceses, modelos en lo demás de nuestro precepto, figura esta importante exigencia, de la reserva en favor de la autoridad judicial, de esta prerrogativa jurídica. Es más, los textos franceses dan dos plazos: uno de ostensión -24 horas- y otro de toma de declaración -que se amplía a tres días- con lo que nuevamente nuestro texto resulta muy superior a sus inspiradores.

Las discusiones en el pleno de las Cortes inciden fundamentalmente sobre los posibles perjuicios que pueden encerrarse en la expresión "siempre que no hay cosa que lo estorbe", tomada - también de nuestra legislación, pero que como se pone de manifiesto en tal discusión, ha dado lugar a abusos y perjuicios para el reo (así pone de manifiesto GOLFÍN) (88) excusándose su inclusión con que la práctica habitual y el sentido de responsabilidad del Poder judicial no dará en los "tiempos y mentalidades nuevas" - ocasión a estos abusos. También se discute el plazo, que, para - algunos, es demasiado corto, defendiéndose sin embargo el de veinticuatro horas, en atención a la especial protección que hay que otorgar a los presuntos reos en tales casos (89).

Junto a este precepto, se arbitran, en la Constitución de - Cádiz, una serie de normas que expresan las medidas necesarias para la correcta aplicación de este derecho fundamental reconocido, y que arguyen, una vez más en favor de la seriedad y responsabilidad del cuerpo constituyente, y del sentido deseo de que estas - prevenciones sean eficaces, y no letra muerta o pomposa e idealista declaración. Así se establecen los casos en que puede ser - arrestado un delincuente sin el auto o mandamiento del juez: por ejemplo, el caso de ser sorprendido "in fraganti" (art. 292), paralelo al que poco antes (art. 289) facultaba el uso de la fuerza para asegurar la persona, cuando hubiere resistencia o se temiere la fuga del detenido. El ingreso en prisión deberá ser ordenado, congruentemente con todo lo dicho, por auto motivado, entregado al alcalde de la prisión, prohibiéndose los supuestos en que

tal auto no se haya producido, bajo la responsabilidad de tal al
caide (art. 293), obra específica, también ésta del ilustrado -
RANZ (Crf. nota 84).

Entre estas medidas, que se acaban de reseñar existe una de
ellas, la detención "in fraganti" que hoy todavía perdura, aún en
los propios términos latinos utilizados para su tipificación, -
que no está copiada de ningún texto extranjero, sino, nuevamente,
de la legislación tradicional (Nueva Recopilación y Partida sép-
tima). Así lo había puesto de manifiesto el diputado GOMEZ FERNAN
DEZ y con mayor fuerza aún CALATRAVA, al discutirse el correlati
vo artículo del Reglamento de 1.811, tantas veces referido (90).

Las otras están tomadas de la legislación francesa, y de su
cuidada previsión sobre el régimen penitenciario y responsabili-
dades de los alcaides o carceleros.

A la vista de ésta análisis histórico, podemos concluir que
los constituyentes de Cádiz, al formular estas normas constitucio
nales son conscientes de que están asentando con toda firmeza to
do un edificio de libertades fundamentales, cuya efectividad de-
sean y consiguen asegurar en favor de sus conciudadanos, libando
de la legislación tradicional las más altas consecuciones para -
la dignidad de la persona, que la historia de España podía ofre-
cerles. Estos derechos son en realidad auténticas facultades ejer
citables por todo ciudadano (91), que efectivamente se ejercita-
ron, y cuya restauración judicial fué exigida por ellos cuando -

aquellas resultaron violadas, según se verá en su momento. Constituyen, así, pues, auténticos supuestos de cumplimiento del primer requisito establecido para hablar de auténtico derecho a la jurisdicción, en relación con los derechos humanos en nuestro país.

Hemos estudiado hasta aquí una serie de derechos que, si bien, tienen una indudable sustantividad propia, han sido analizadas, siguiendo la metodología impuesta por Cádiz, como un conglomerado de garantías encerradas dentro de la sistemática y la óptica de la mejor y más técnica administración de la Justicia. Con ello, hacemos honor al pragmatismo de aquellos constituyentes, - que en definitiva hace buenas en principio, las hipótesis que se mantienen en este trabajo. Más adelante, cuando se estudien otras Constituciones, habrá de alterarse tal metodología, cifrándonos con exactitud a la adoptada por los posteriores constituyentes.

Sin embargo, vamos a tratar a continuación de otras formulaciones de derechos de una importancia excepcional, pero cuya sustantividad podría aparecer en principio aminorada porque se incluyen también dentro del epígrafe constitucional que venimos manejando; y lo vamos a hacer dotándolos de entidad propia. La razón que argüiría en favor de esta modificación es que tales derechos (prohibición del tormento, prohibición de la trascendencia de la pena a los familiares del condenado, inviolabilidad de domicilio, y suspensión de garantías) si bien están indudablemente conectadas con la administración de la Justicia, trascienden en

su significado y contenido a aquélla. Su declaración es válida, no sólo frente al poder judicial, que es el objeto formal de las limitaciones esbozadas más arriba, sino frente a cualquier poder (incluso el legislativo, aunque sea en casos no muy corrientes), a quien se señalan su límite en estos preceptos de modo muy concreto.

d) Prohibición del tormento. (92).

La sistemática que hemos intentado justificar al final del apartado anterior se ajusta con toda razón a esta importante norma constitucional (art. 303). La generalidad de su enunciación, el hecho de recogerse al final del capítulo, rompiendo una sistemática solo justificable por el deseo de dar al precepto una transcendencia que rebase las fronteras de su estricta aplicación al proceso penal, y el antecedente que supone el no haber trazas de una prohibición semejante en el Reglamento de 1.811, ratifican este tratamiento.

Nos referimos explícitamente a los antecedentes, porque la supresión del tormento los tuvo en Cádiz, si bien no en la ocasión que hemos señalado, sino con la publicación de un Decreto -de una enorme importancia, de la que fueron conscientes sus autores- formulado en 2 de abril de 1.811, y sancionado en 21 del mismo mes, sobre abolición de tormento y de los apremios corporales, para obtener de los reos, y aún de los testigos, declaraciones por medio del dolor físico. Este Decreto responde a la primera de dos proposiciones realizadas por ARGUELLES (93), -la segun

da de las cuales se refiere a la esclavitud, y será estudiada en su momento, al no recogerse en la Constitución su formulación- y fué objeto de una aprobación unánime, expresión de un sentir general (94), y que no hacía más que consagrar una conciencia común existente ya en aquel tiempo, de la ilicitud de estas prácticas, que habían supuesto su desuso. Su expresa declaración de ilegalidad no fué, por desgracia, gratuita, a la vista de los innumerables excesos, que con posterioridad a esta importante fecha, se produjeron en la negra España de Fernando VII absolutista.

La práctica de los tormentos había sido habitual en España, hasta la época de Carlos III, y en los Tratados de Práctica forense se explicitan, ante nuestros horrorizados ojos, una serie de tipos de tormento a aplicar, según sean los delitos incriminados, y el talante o cualidad de los presuntos autores (95). Tal práctica no había sido exclusiva en España. Otros países europeos también las realizaban, y es indudable que, aunque habían caído en desuso, como en nuestra patria, la Revolución francesa supuso el golpe de gracia a tales abusos.

Sin embargo, en ninguna declaración francesa, bien genérica de Derechos, bien constitucional, se aborda con tanta sinceridad, como lo es en el precepto que nos ocupa. Las francesas hablan de prohibición en rigor o pena innecesarios, o no establecidos por la ley (96). Bajo tal eufemismo, se encierra lo que nuestra constitución del 12, y multitud de textos posteriores han recogido con toda claridad: la inhumanidad de la tortura y los apre

mios corporales. Una nueva prueba de realismo y por ende de autentico progresismo de nuestra venerable Ley, que previene el - que ninguna ley ordinaria posterior pueda establecer estas prácticas nefandas.

e) Prohibición de trascendencia de la pena a los familiares del reo. (art.305) (97).

Este precepto se dirige, como se pone de manifiesto en las intervenciones de los Diputados en torno a la aprobación del mismo (98), a la supresión de la pena de infamia (99), que, según - la tradición legal española, se hacía extensiva, no sólo al delincuente, sino también a su familia. En principio, se pretendió - abolir tal pena, también para los reos, considerando que la honra personal debería ser protegida de modo paralelo a las propiedades generales de los individuos, respecto de las que se prohibía, en el artículo 304, la aplicación de la pena de confiscación de bienes (así lo indica LARRAZABAL). Sin embargo, esta idea no prospero, quedandó, limitada solamente a la prohibición de calificar de infames a los familiares de los reos, en especial a sus descendientes.

El tono de esta declaración es fruto del individualismo, - propio de la ideología liberal, y se atribuye como auténtico derecho exigible por las partes.

En el proyecto de Constitución, se incluía un inciso en el que se decía que la pena tendría todo su efecto precisamente so-

bre el que la mereció, "más a este no ha de haber nada que pueda ofrecerle la idea de evitarla" . Tal inciso estaba lleno de un tinte doctrinal, que se puso de manifiesto inmediatamente después de su lectura, en la discusión del precepto (así ARGUELLES, LARRAZABAL, CANEJA, GALLEGO, MENDIOLA y VILLAFANE). Se trataba, según se indicaba, de un consejo o prevención para que los presuntos reos no confiaran en la evitación de la pena, una vez cometido el delito. La inoportunidad del precepto, y en espedal su carácter abstracto, y su difícil concordancia con el posible ejercicio del derecho de indulto por parte del Rey, llevaron a su su presión.

Hay, por otro lado, una curiosa alegación 3n su contra manifestada por LARRAZABAL, que no deja de sonar de modo extraño - de nuestros oídos, y es que dicho Procurador estima que existe "una oposición a lo que por derecho natural (sic) se concede a - todo reo, por grave que sea su delito: a ninguno se le ha prohibido pensar en los medios que lícitamente pueda usar para evadirse de la pena que teme se le imponga; y si en alguna ocasión podrá con fruto ponerla en práctica, ¿qué derecho hay de embargarle hasta su imaginación para que no la ocupe en defensa propia?". Esta alegación se neutralizó por la intervención de GALLEGO, subrayando que las leyes deben ser hechas para que se cumplan. Hay en estas dos posiciones un cierto tufo de inmadurez en el dominio de los conceptos jurídicos, que hacen brillar aún más los aciertos que a lo largo del exámen de la Constitución hemos ido detectando.

f) La inviolabilidad del domicilio.

La formulación de esta garantía fundamental viene expresada en el texto de la Constitución, en su art. 306 y recoge la prohihición del "allanamiento" de la morada de ningún español, en expresión técnica que había consagrado ya la legislación tradicional, con las excepciones que a continuación se señalan .(100). La primera de ellas es taxativa y recoge el aspíritu y, en parte, la letra del precepto francés inspirador (art. 9 del Tit. IV de la Constitución de 1.791) (101) esto es "los casos que determine la ley (se suprime de todas maneras el "formalmente" de la redacción francesa). Estas expresiones aún más concretas y pormenorizadas pasan después al art. 359 de la Constitución de 1.795 o el art. 76 de la de 1.799 (102). Hay, sin embargo, otro inciso de una enorme generalidad que descubre una cierta desconfianza de los legisladores de Cádiz hacia este precepto, y es el que formula como excepción para la aplicación de éste "el buen orden y seguridad del Estado".

Es el examen de este último inciso el que nos puede elucidar con mayor claridad el espíritu e intención de los constitucionales de Cádiz. Al intentar desvelarlo, nos encontramos con la sorpresa de que, ni en la Comisión redactora del proyecto (103), ni después en la discusión plenaria de la Asamblea (104) se produce intervención alguna en torno a ésto. El sentido, pues, del mismo se nos debe aclarar por sus antecedentes y su práctica. Los antecedentes son indudablemente los correspondientes a la legislación tradicional española sobre el tema (105) y que se pusieron

nuevamente en vigor a raíz de la abolición de toda la labor legislativa de Cádiz, en el manifiesto de Valencia de Fernando VII, - por el que se volvía a la práctica absolutista. Sin embargo, los arquetipos jurídicos dominantes en los propios liberales de aquella época se asemejaban mucho a los de los serviles, pues aquéllos no estimaron necesaria ninguna otra declaración normativa sobre el tema, a parte de la mencionada constitucional, sino hasta en época muy posterior, como se verá al estudiar la legislación ordinaria sobre la materia. En efecto, en el ya comentado Reglamento para la aplicación de causas criminales no existe precepto ninguno sobre la materia.

En definitiva se trataría aquí de establecer cuál es el contenido que para los legisladores de Cádiz tenía el concepto "seguridad del Estado". Esta cuestión no se plantea como vemos, con ocasión de la discusión de este precepto, pero sí se hizo discutiendo el que lleva dos números posteriores y se refiere a la suspensión de las garantías constitucionales. Este precepto es el que analizaremos a continuación.

g) Suspensión de garantías constitucionales.

La norma que limita para algunos casos "las formalidades - prescritas en este capítulo para el arresto de los delincuentes" es el art. 308 (106).

La primera cuestión a plantear es la extensión de la misma. Hemos visto que a lo largo del título correspondiente a la justi

cia criminal, se han tratado un enorme cúmulo de temas, entre los que destacan, sin duda, aquellas formalidades que son las garantías del individuo para el caso en que aparezca como presunto de lincuente. Este precepto analizará los casos en que tales formalidades puedan ser inobservadas. Pero también hemos visto que en él se tratan temas que trascienden este marco. Hay consagraciones constitucionales de otras libertades o garantías más amplias. La realidad es que la óptica desde la que se aprecian estas garantías es la de su puesta en práctica con ocasión del tratamiento penal de los individuos. Así la que acabamos de considerar, aunque pueda tener -y así sucede en los textos modernos- una más amplia interpretación, se formula por la Constitución en estrecha relación con las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos delictivos.

Con ello queda aclarado que las suspensiones a que se refiere este precepto son sólo y precisamente las referidas a las medidas a adoptar en ocasión de la comisión de un delito. No afectarán por consiguiente, en ningún caso, a las libertades y derechos fundamentales reconocidos en otros lugares de la Constitución (107).

Es interesante contemplar cuales son los antecedentes de este precepto. Pueden señalarse dos:

a) La suspensión de las garantías constitucionales o fundamentales decretada por el ministro Pitt, en Inglaterra, a fines

del siglo XVIII (1791-1808) con ocasión de la primera guerra contra Francia. (108).

b) El art. 92, de la Constitución de 1799 (110). Como se sabe esta Constitución, que inaugura un "talante" normativo de amplia laxitud a favor del ejecutivo, y que como tal ha de ser objeto de un exámen más detenido, en su momento, significó de hecho la carta blanca de una naciente dictadura militar retrógada en el vecino país.

Estos antecedentes estaban en la mente de los constituyentes que expresaron serios temores en la discusión del texto correspondiente, en las sesiones plenarias; por ellas, nos enteramos - además, que la formulación de este texto tal y como llegó a la Asamblea había sido objeto de fuertes discusiones en la Comisión; en una sesión muy posterior a aquélla en la que se habían discutido los restantes artículos del Título.

El antecedente francés establece que "en caso de revuelta a mano armada, o de dificultades que amenacen la seguridad del estado, la ley puede suspender en los lugares y por el tiempo que ella determine, el imperio de la Constitución. Esta suspensión puede ser declarada provisionalmente en los mismos casos por un decreto del gobierno, cuando el Cuerpo legislativo no esté reunido, mientras es convocado en el plazo de tiempo más rápido posible por un precepto de tal decreto".

La simple lectura de este artículo y su somera comparación con la redacción laxa y abstracta de nuestra constitución inclinan en el caso presente la balanza de la valoración técnica a favor del modelo francés. Veamos sus puntos principales:

a) Resulta de un enorme interés el cuidado con que en el ejemplo francés se trata de salvaguardar, con el mayor escrúpulo el principio de legalidad. Se habla de que tiene que ser precisamente una ley la que declare la suspensión de las garantías. Y ya conocemos los supuestos de creación de la ley en la práctica política francesa de ese tiempo, e incluso su propia concepción política de la ley. Naturalmente, como legislador previsor, la Asamblea francesa determina cuál debe ser el régimen jurídico de aquellas suspensiones de garantías ante hechos subitáneos, en los que sólo la acción del ejecutivo sea la inmediatamente oponible, por inexistencia de una presencia del poder legislativo. La autorización al gobierno para suspender las garantías está condicionada "de iure" y "de facto" a la convocatoria, en el mismo acto, del propio cuerpo legislativo.

En el correspondiente precepto español no se cuidan estos extremos, de enorme importancia jurídica. Y esta incuria es además consciente y pretendida. En efecto, en la sesión en que se finaliza el estudio de este título, un oscuro diputado, el Sr. ALONSO Y LOPEZ redacta una intervención, que es leída por el Secretario, formulando una redacción alternativa del precepto. En ella se señala que solo puede ser el Poder legislativo quien de-

termine la suspensión, o por el pleno de las Cortes, si están reunidas; o "no estándolo y siendo perentoria y urgentísima la suspensión, la permitirá la diputación permanente"... hasta que las Cortes, convocadas y reunidas por estos casos extraordinarios, la decreten por su autoridad".

La propuesta fué rebatida, y es curioso señalarlo, por ARGUELLES, tomando como justificación fundamental de una redacción tan amplia como peligrosa el que los gobiernos que habrían de adoptar tales medidas ya serían liberales y de moderación, "como se establece en la Constitución". El optimismo doctrinal y antropológico de esta ideología se manifiesta una vez más con toda la crudeza de su pura formulación. La ley debe contar con que de ahora en adelante los hombres y los gobiernos estarían tocados por el supremo hálito de los nuevos modos políticos cuya eficacia ya no han de depender de las posibles extralimitaciones, sino de su "intrínseca" bondad.

b) A estas consideraciones se une una excesiva preocupación por la seguridad del Estado. El modelo francés habla de "revuelta armada", como caso arquetípico de las dificultades por las que puede atravesar el Estado, para justificar la suspensión de las garantías, y pone muy alto el límite a considerar como paradigmático entre las causas de esta medida; y ello por mucho que a renglón seguido de esta mención, se haga referencia a un concepto más amplio de "dificultades para la seguridad del estado". Sin embargo, nuevamente vemos que en el texto español aquella prime-

ra referencia se borra: se habla de "circunstancias extraordinarias para la seguridad del Estado", pero no se indica cuáles puedan ser algunos ejemplos de tales circunstancias, como en el caso francés. Pero es que hay más, en la intervención ya referida de Alvarez y Lopez, tales circunstancias se califican además como "de sospechas bien calificadas". La intención es despojar en lo máximo posible al texto de "todo lo que tiene de vago e indefinido", declarándolo con más precisión y limitación de la arbitrariedad.

La propuesta como sabemos fué rechazada por los argumentos contrarios de ARGUELLES. Su contestación en el tono firmemente - idealista ya denunciado tiene tonos rayanos en lo ilusorio: "Es un caso casi metafísico (sic) creer que las Cortes se descuidarán en este punto, y sería contra su bien decretar ahora lo que se debe dejar para lo que dicten las circunstancias a las Cortes futuras". Se trata de dejar una puerta abierta al buen sentido de los futuros legisladores, investidos de la nueva mística.

c) Queda por último el exámen del plazo por el que debían autorizarse las suspensiones.

El modelo francés nada dice al respecto, ni tampoco el español. Las reticencias de ALONSO Y LOPEZ se extendieron también a este punto, estableciendo en su propuesta una serie de plazos para cualquier tipo de medida legislativa al respecto.

La contestación de ARGUELLES tomó como punto de referencia la alusión al caso inglés de la suspensión del "Habeas corpus" in gles por PITT. La experiencia histórica, para el asturiano, argüía en favor de una cierta amplitud en la adopción de la medida, puesto que tal amplitud, sobre todo de plazo, es para él la clave del éxito de la medida en aquella ocasión, "cuyo proyecto, si no se hubiese verificado en aquel caso extraordinario, tal vez no tendría el gobierno tan sabio como a todos consta que lo tiene - en el día".

C.-Derecho de libre acceso.

Con ocasión del examen de este apartado en la Constitución de Bayona, constatábamos que de la doble faceta del libre acceso (que el ciudadano pueda acudir a los Tribunales en demanda de - pretensiones, y que esta posibilidad se abra también a los casos en que la pretensión verse sobre un derecho fundamental), la prmera de ellas no se recoge como principio normativo constitucional hasta el siglo presente.

Ya señalábamos entonces que solo existe la práctica consagración del libre acceso, como envés del principio de la jurisdicción, recogido en la Constitución de Cádiz, en su art. 242, en - una declaración que se amplía por los arts. 245 al 248, que también como en el caso de Bayona, han de ser objeto de examen sistemático con posterioridad.

En cuanto a la segunda faceta no existe en la Constitución

de Cádiz el conjunto de preceptos que atribuyen a las Cortes una especial función jurisdiccional sobre las libertades fundamentales de inviolabilidad personal y de imprenta, que con tanta prolijidad, y a ejemplo de la Constitución senatorial e imperial francesas, se adoptaron en el Estatuto de Bayona.

Ello no quiere decir que no existan en el texto de Cádiz - tres referencias muy precisas a la vigilancia especial que debían desplegar las Cortes en determinadas materias conexas con las libertades públicas.

Así el art. 131, ap. 24, que contiene las facultades de - las Cortes recoge como una específica la de "Proteger la libertad política de Imprenta". Esta mención, reflejo de la ambigua preocupación por esta libertad ha pasado casi desapercibida para los tratadistas monográficos de esta materia.

Otros dos preceptos: los señalados con los números 372 y - 373, reflejan de un modo mucho más rico y circunstanciado la preocupación por la observancia de la Constitución y la posibilidad de que tales Cortes se constituyan como órgano jurisdiccional para "hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contra-venido a ella". Esta declaración de jurisdiccionalidad de las Cortes en estas materias, se completa con la atribución a todos los españoles de la facultad de acceder libremente a las Cortes o al Rey para "reclamar la observancia de la Constitución". Se trata - de la primera auténtica versión del derecho de petición matizado

muy claramente por su finalidad del respeto a la norma constitucional. Es como veremos en su momento un primer esbozo de tutela jurisdiccional de la constitucionalidad de la actuación de cualquier poder o autoridad, en el ejercicio de su función. Este artículo de una gran riqueza doctrinal no tiene más que los lejanos precedentes de las Comisiones o Juntas Senatorias de libertades, y el enormemente platónico art. 377 de la Constitución francesa del año 1.799 que señalaba que: "El pueblo francés confía el depósito de la presente Constitución a la fidelidad del Cuerpo legislativo, del Directorio ejecutivo, de los administradores y de los jueces, a la vigilancia de los padres de familia, a los esposos y a las madres, al afecto de los jóvenes, y al valor de todos los franceses". La cita de tan peregrino lenguaje normativo excusa de todo comentario.

En el caso español, este derecho de representación, que - significó un progresivo embrión del control constitucional jurisdiccional, manifiesta un propósito político, pero a la vez tiene una clara faceta jurisdiccional que nos interesa subrayar. Los - artículos que comentamos se convirtieron en ley organizando esta faceta juzgadora de las Cortes de un modo muy pormenorizado. Bajo la vigencia de la Constitución de 1.812 se dictaron normas que desarrollaban esta función, en el Reglamento interno de las Cortes, en la ley de 24 de Marzo de 1.813, y en la ley aprobada en 13 de abril de 1.921. En ellas se establece muy claramente que "Los delincuentes contra la Constitución podrán ser acusados ante los jueces y tribunales competentes por todo español a quien

la ley no prohíba este derecho; y cualquiera puede representar -
contra las infracciones al Rey que las hará examinar o juzgar -
por quien corresponda, o directamente a las Cortes, conforme al -
art. 373 de la misma Constitución".

La práctica confirmó la vigencia de estos preceptos, y la
Comisión de casos de responsabilidad por infracción de la Consti-
tución tuvo abundantísimo trabajo tanto en los años 12-14, como
después a lo largo de los 20, 21, 22 y 23 mientras subsistió en
España la organización y régimen político liberal.

D.-Consideraciones sobre la Constitución de Cádiz.

Ya hemos esbozado alguna de las ideas que el análisis de -
la Constitución de Cádiz, y en la óptica del tema que estamos tra-
tando, nos han surgido, en torno sobre todo a su originalidad o
su dependencia de otros modelos foráneos o patrios. Si en general
nos inclinamos pro mantener una indudable novedad en sus plante-
mientos, esta inclinación aumenta si consideramos los indudables
aciertos, que en medio de su primitivismo e ingenuo optimismo, se
encierran en las fórmulas que consagran las libertades fundamen-
tales por el esfuerzo de jurisdicción de tales libertades que
en principio no constituían más que ideales políticos. El sereno
realismo y pragmatismo de muchas de sus declaraciones contrasta
además con los vaporosos idealismo de su modelo francés, muchas
veces fomentado por el acusado propósito de Napoleón de reducir
a la mínima expresión real los deseos y aspiraciones de los li-
berales y revolucionarios franceses. Política que detectamos en

su momento contando con las peculiares circunstancias que reseñamos, en la redacción de la Carta de Bayona.

La justificación, por otro lado, de la prolijidad del texto de Cádiz aparece en nuestros tiempos con una meridiana claridad: la transformación que aquel texto legal estaba realizando en nuestro país imponía una gran extensión y detalle en la organización de la nueva normativa, que venía a sustituir cientos de leyes, - miles de decretos reales, y siglos de práctica jurídica malformada e inadaptada a los tiempos nuevos. La Constitución de Cádiz - fué algo más que un puro programa político, fué una auténtico plan de remodelación nacional.

Lo acertado de esta forma y medida en la extensión del texto -aún contando con todas las exageraciones que todo trabajo de iluminados conversos pueden arrastrar- se induce de que quienes más critican la extensión de la Constitución del 12 no son precisamente quienes con más fé comulgan con sus ideales liberales y en cierta manera democráticos, sino quienes -alvando lo salvable- se alineaban entre los que entonces tachaban a Cádiz de nefanda, porque soñaban con la servidumbre o la servilidad del Rey absoluto.

La preocupación por el realismo y por la efectividad, se manifiestan, según hemos ido viendo, en que las declaraciones de los derechos suelen ir acompañadas en todos los casos, o en la mayoría de ellos, de minuciosas prescripciones sobre el ejercicio

de tales derechos, siendo esta una de las razones o causas que -
más han alargado la Constitución de 1.812

IV.-LA EPOCA ABSOLUTISTA

Como sabemos, son dos las ocasiones en que a lo largo de -
su reinado, protagoniza Fernando VII una vuelta a un sistema de
gobierno absolutista. En 4 de mayo de 1.814 y en 1 de octubre de
1.923, dicta sendos decretos el primero de ellos procedido de un
famoso Manifiesto (110), en que afirma haber sido esclavo y prisió-
nero de los llamados liberales, quienes -según sus manifestacio-
nes- han tenido secuestrada su voluntad para realizar en su Reino
del que es Rey y Padre las nefandas reformas constitucionales. -
Por todo ello, y en tales documentos revoca toda la obra legisla-
tiva, judicial y administrativa que se haya realizado a la luz -
de los principios de la Constitución de Cádiz, y que no hubiera
podido fundarse en la legislación anterior a tal Cuerpo legal.

Las declaraciones programáticas contenidas en semejantes -
textos (111) se enriquecen a veces con detalles concretos de abro-
gación de prácticas o normas, las cuales nos dan idea de aquellas
instituciones liberales que más odio suscitaban entre los llama-
dos serviles. La larga exposición de 1.814 es a este respecto mu-
cho más enjundiosa que la 1.823, en cuyo espíritu existe una cla-
ra voluntad de reconducir a cuanto se estableció en el manifies-
to-decreto de Valencia a que nos acabamos de referir.

La declaración de Valencia hace una ya famosa crítica a la

Constitución de Cádiz, por todos los argumentos que la reacción acumuló en su día contra tal norma, y que ha ido repitiendo, como ya hemos visto, hasta nuestros días (112). Allí se dice que - las Cortes no eran representativas, que se reunieron de un modo no previsto en nuestras leyes tradicionales, que la Constitución se formuló en medio de un desorden general, que era una copia literal de la francesa de 1.791 (ni siquiera en la fecha acertaron), que se ignoró el carácter tradicional y absoluto de los Reyes, - que no se respetó y honró de modo suficiente la Religión, que se consagraron libertinajes, más que libertades. Asimismo se promete unas Cortes "medievales," una libertad de imprenta -siempre que se respete todo aquello que signifique opresión intelectual-, y una libertad individual, sometidas ambas a otro primario principio: que la libertad debe subordinarse al orden -entendido como "statu quo"- y a la ley -entendida como libérrima voluntad del Soberano (113). En atención a todo ello, se proclaman una serie de medidas concretas para acabar con el régimen liberal. Pues - bien, de las siete medidas que se dictan, tres se refieren directamente a medidas procesales: mantenimiento en lo esencial de la Organización judicial, en lo que quedaba del antiguo régimen; es tablecimiento del modo de enjuiciar a los que contravinieren el mandato; y, curiosamente, y ésta es la medida de gobierno más - concreta la cesación inmediata de todo procedimiento sobre infracción de la Constitución, así como liberación de los presos o reos de tales infracciones (114).

El manifiesto de 1.820, más corto y menos explícito, sin referirse expresamente al del 14, recoge su espíritu de un modo aún

más acusado. No se promete nada, ni se hace ninguna declaración de futuro, se limita a declarar nulos todos los actos del "llamado Gobierno constitucional" y a aprobar todos los decretos y órdenes de la Junta provisional de Gobierno y Regencia del Reino, ambas creadas en Oyarzun y Madrid (115).

La práctica jurisdiccional de ambos períodos absolutistas, y sobre todo del segundo es precisamente la antítesis de lo que en nuestro trabajo hemos caracterizado por protección procesal de los derechos humanos. Ni aquella, ni éstos gozaron del menor respeto en este período. A la absoluta vacuidad de las declaraciones fundamentales sobre esta materia correspondió una legislación ordinaria y una práctica jurisdiccional llena de negras violaciones de las más elementales libertades propias de la dignidad de la persona humana. (116).

V.-LA APERTURA DE LA REINA MARIA CRISTINA.

Desde 1.833 comienzan a respirarse aires políticos más abiertos en España. La Reina Gobernadora introduce nuevos modos políticos. El primer reflejo de ellos es la convocatoria de las Cortes, de acuerdo con la fórmula legislativa expresada en el Estatuto Real de 1.834.(117), Este texto fundamental no contiene en sí ninguna referencia a las garantías fundamentales, dado que la norma recoge exclusivamente la estructura y funcionamiento de las Cámaras legisladoras.

Efectivamente, el Estatuto no contenía una declaración de

derechos. "Sus autores parecían haberla rehuido expresamente", - (118), y así en el Preámbulo se leía los redactores del Estatuto Real buscaban, entre otros propósitos una auténtica renovación - de los modos políticos absolutistas. Sin embargo esta renovación se fundamentaba en un concepto bien querido a los doctrinarios - franceses: el equilibrio (119). Este concepto reúne en sí una se rie de notas bien caracterizada: contrapeso de poderes, pragmáti ca política y libertad dentro del orden. Así, se dice, "...no - considerar en fin los derechos políticos como derivados de prin- cipios abstractos y sujetos a vanas teorías, sino como medios - prácticos de asegurar la posesión tranquila de los derechos civi les, tal ha sido el grande objeto que nos hemos propuesto..." - (120).

Resuenan aquí claramente las ideas de un MARTINEZ DE LA RO SA, bien conocido en su amistad con BARANTE y GUIZOT, liberales franceses de sentido conservador, y que el español expondrá en su El espíritu del tiempo.: "No se apetecen ya las curas maravillosas de los empíricos, sino mejoras prácticas en el gobierno...el - problema más importante para la felicidad del linaje humano: ¿cuá les son los medios de hermanar el orden con la libertad?" (121).

El propósito de los Estatutarios es obviar todo lo que sue ne a conceptualismo literario. Y a ello van a oponer un concep- tualismo pragmático, que justifica la libertad de acción de un - gobierno que reclama para sí la tarea de la política como una - cuestión de orden técnico y privada de todo ideologismo. La llama

da a la realidad y a las medidas prácticas encubre una vez más un modo moderado de ejercitar el poder. Una vez más se aparece ante nuestros ojos la cola serpentina del despotismo ilustrado y tecnócrata. (122).

Las declaraciones de orden constitucional no pasaron de aquí. Sin embargo, a los efectos de una recta comprensión de la historia de la mentalidad decimonónica española sobre la protección de los derechos fundamentales, resulta de un enorme interés estudiar tres textos no constitucionales, pero que tampoco pueden englobarse dentro de la legislación ordinaria sobre la materia. Se trata de la Tabla de Derechos que el Estamento de Procuradores del Reino dirigió a la Reina, y dos proyectos constitucionales: el llamado de la Isabelina, y el de reforma y ampliación del Estatuto Real, realizado por Istúriz. (123).

A.-La Tabla de Derechos.

El espíritu liberal había reverdecido en la España más abierta de María Cristina. Muchos de los políticos doceañistas, obligados a vivir en el exilio en vida de Fernando VII, vuelven a España tras la proclamación de la amnistía. Aquí vuelve MARTINEZ DE LA ROSA, de su exilio del Parí doctrinario y moderado que había vivido. Pero junto con él JOAQUIN MARIA LOPEZ o FERMIN CABELLERO, no influidos por aquel espíritu, sino con su liberalismo puro y neto de los años veinte. Este liberalismo avanzado pidió desde el primer momento la culminación de la obra de transformación del Estado, por medio de una Declaración de Derechos. (124).

Un ambiguo párrafo del discurso de la Corona en la apertura de las Cortes alentó esta aspiración de los avanzados. La contestación a ese discurso matizó muy "moderadamente" los ardores de los progresistas (125). Sin embargo, estos no se dieron por ven-cidos y en 18 de agosto de ese año, 1834. formulan los Procuradores más calificados de progresistas una petición a la Corona al amparo del art. 32 del Estatuto real, en solicitud de que se proclamen los derechos fundamentales como base de estabilidad y firmeza de la nueva sociedad política (126).

¿Cuál es el juicio que nos merece, desde el punto de vis-ta de la consagración de una protección procesal, la redacción -original de esta Tabla de derechos?. Y quizá aún más importante, después de las importantes modificaciones de esta primera redac-ción ¿podemos afirmar que la influencia de los moderados hizo más pragmática y eficaz la declaración?. Creemos que no y con ello, no sólo llegaremos a comprender la mentalidad que dió origen a -este texto, sino lo acertado o equivocado -en equivocación inte-resada de las calificaciones de prolija, idealista y abstracta -que los moderados dirigían a la Constitución de Cádiz, y al libe-ralismo avanzado de los doceañistas. (127).

La primitiva redacción de los suscriptores de la Petición articula una Declaración de derechos en la que de un modo muy genérico se establecen los mecanismos procesales para su congruen-te protección. Sin embargo a lo largo de la discusión en el Esta-mento los moderados, tras una serie de reñidísimas votaciones van

matizando sus declaraciones en los diversos artículos. Su finalidad no es hacerlos más inmediatamente aplicables y articulables en un sistema completo de protección, sino que bajo ese formal y extenso propósito, subordinar de hecho el ejercicio de esos derechos a las supremas necesidades del orden. Lo que los moderados consiguen no es una declaración más pragmática, sino una declaración mas limitada (128).

Un ejemplo característico es el primer artículo. La redacción inicial decía: "La libertad individual es protegida y garantizada; por consecuencia ningún español puede ser obligado a hacer lo que la ley no ordena". Este precepto se inspiraba en su casi literal redacción de su primer inciso en el art. 4º de la Carta Constitucional francesa de 1.789 (129). Todos los ataques de los moderados se centraron en hacer desaparecer este segundo inciso, no por ser abstracto, sino precisamente por ser concreto, y como se desprende de la intervención del ya moderado conde de TORENO, por el firme deseo de equiparar "los bandos de la policía a las leyes de el Poder legislativo" (130). Esta engañosa finalidad se pone de manifiesto en una intervención inmediatamente posterior de JOAQUIN MARIA LOPEZ "Decir que las leyes protegerán la libertad civil, no es consagrar este principio como se necesita".

Planteado este tema así, poco después vuelve a la carga - MARTINEZ DE LA ROSA: "Senté ayer, y repito hoy, que el artículo (cual está) es inexacto, es vago, es falso"...No es cierto que el

hombre no pueda hacer solamente lo que la ley le prohíbe; ni ha existido una sociedad en que se haya establecido la práctica de este principio. A no ser que los señores que sostienen este artículo den nombre de ley a toda especie de mandato, a una ordenanza de la policía o a cualquier orden del último funcionario." (130). La intención, aún en palabras de los antaño liberales, entonces partidarios del orden y sobre todo, de la discrecionalidad administrativa, estaba clara. No se trataba de hacer menos abstractas las declaraciones, sino de vaciarlas de contenido eficaz.

La votación sumó 52 votos a favor y 52 votos en contra, - por lo que hubo de volverse a iniciar la discusión del precepto. La necesidad de proseguir adelante en la discusión de otros preceptos más concretos llevó a uno de los firmantes de la petición a presentar una redacción que significaba una rendición ante el empuje moderado (131). Se aprobó por 95 votos la que decía (aunque no es recogida ni por TOMAS VILLARROYA, ni por SEVILLA): "Las leyes protegen y aseguran la libertad individual". He aquí en lo que se resolvió el propósito de concreción de los moderados, cuando de sus mismas palabras deducía el propósito decidido de que esa libertad individual consagrada por las leyes, fuese recortada por otras normas de carácter inferior, sin posibilidad de defensa jurídica de índole alguna.

El art. 2º declaraba la libertad de imprenta y se inspira directamente en el art. 8 de la Carta francesa de 1.814, en lo - referente a la disposición sobre los "abusos de la libertad" y -

en el art. 7 de la Carta de 1.830 ya señalada (132). La petición que no sufrió modificación decía "Todos los españoles pueden publicar sus pensamientos en la imprenta sin previa censura, pero con sujeción a las leyes que reprimen sus abusos".

El esfuerzo de los moderados se dirigió nuevamente a mantener la censura previa. Los argumentos no son de orden pragmático, sino idealista, con un idealismo superior aún a los promotores del texto, que hacen suya -casi sin reflexión- el punto de vista de aquéllos, subrayando, incluso de modo gramatical, el peligro del abuso, siempre presente en el ejercicio de la libertad, según la mentalidad de los doctrinarios.

Después de varias sesiones consumidos en el examen de las razones en pro y en contra de este precepto (133), vuelve MARTINEZ DE LA ROSA por sus falsos fueros de la necesidad de la concreción encubriendo bajo esta excusa su verdadero fin de limitar la libertad. Dice, "...traeré la cuestión a su verdadero terreno, -reducida a términos claros, propios, precisos, para pasar después, si me es lícito decirlo así, a las ventajas y los inconvenientes de la medida que se propone." El término preciso es "Ha dicho el Sr. DOMEcq, y a mi ver con razón, que aquí se trata de resolver un problema difícilísimo, a saber, conciliar el orden con la libertad". y poco después: "He dicho que la cuestión no versa entre la libertad de imprenta y la esclavitud; sino entre ciertos grados de libertad y la libertad suma". Y el grado que defiende, el término preciso es el que ocupa un discurso posterior, de aproximadamente una hora, sobre la ventaja de la censura previa.

La contestación de FLOREZ ESTRADA y JOAQUIN MARIA LOPEZ surge inmediata y fulminante. La libertad de imprenta sólo se previene de un uso abusivo con un adecuado sistema procesal. Descubren que el Gobierno se manifiesta partidario de los principios (así se lo reconocen a MARTINEZ DE LA ROSA, a TORENO, a MOSCOSO), pero que desconfían de estos principios, y los conciben como esencialmente limitados por la discrecionalidad, y esa sí, absolutamente vaga y abstracto, del Gobierno y la Administración.

Esta posición, la desvela con toda su crudeza FERMIN CABALLERO en una intervención en que denuncia los excesos represivos del Reglamento de imprenta de 1.834, sobre todo en su concreta y diaria aplicación. Este exámen acaba así: "Este es el estado de la censura en Madrid, y sobre él es sobre lo que yo reclamo la atención de los Sres. Procuradores. Si esto es tener ni un ápice de libertad de imprenta, yo no lo concibo. Además de estas reglas generales que todos sabemos, puede darse el caso de que tengan los censores órdenes reservadas para no dejar escribir sobre ciertas y determinadas materias..."

La votación de este artículo hizo, milagrosamente, prevalecer la moderada redacción de los progresistas (valga la expresión) por un solo voto de diferencia, pero las posiciones ya se habían puesto con toda claridad sobre el tapete.

El artículo 3º contenía, a imagen y semejanza del artículo 7º de la Carta francesa de 1.789, la prevención de que "Ningún

español puede ser perseguido, preso, arrestado, ni separado de su domicilio, sino en los casos previstos por la ley y en la forma que ella prescriba".

El precepto era claro, y aún cuando existía una peligrosísima remisión a las leyes (con gran horror de los moderados, en su esfuerzo de incluir a todos los demás tipos de regulación normativa administrativa, según ya hemos visto, con equiparación con las propiamente legislativas), limitaba, en su texto, las posibles discrecionalidades -arbitrariedades- del Gobierno y la administración. ¿Cuál iba a ser la principal finalidad de los oponentes al texto? Suprimir a todo trance la inclusión de la palabra "perseguido", de modo que se justificasen determinadas privaciones de la libertad, no incluidas en los demás conceptos, cuando la razón de Estado así lo exigiera. Nuevamente aquí MARTINEZ DE LA ROSA y TORENO (134) se batieron con firmeza en contra de esta expresión. La contrargumentación de los Procuradores LÓPEZ y GONZÁLEZ se centró en los argumentos que la Historia facilitaba a sus defensores, pero además, en que las admiradas Cartas -doctrinarias francesas de 1.815 y lo que era peor aún para los moderados, la de 1.814, contenían este concepto. Las contestaciones filológicas del Secretario de Estado no impidieron que la votación se inclinara en favor de los progresistas por dos votos.

Todos los siguientes preceptos no suscitaron las largas e intensas polémicas de los ya vistos. Las posiciones estaban ya marcadas, quizá de modo que trascendieron al limitado tiempo de

vigencia de los Estatutos. La amplia sima que se abrió entonces entre moderados y progresistas no sólo terminó con el régimen del Estatuto Real, sino que continuó separado los campos políticos - de España hasta 1.869. Las matizaciones de los artículos referentes a la inviolabilidad de domicilio, del respeto a la propiedad, y de la responsabilidad de Secretarios de Despacho y funcionarios en caso de violación de estos derechos fundamentales no fueron - sino la cristalización de esta irreductible oposición, suavizada en algún punto por soluciones de compromiso (135).

Como sabemos, la petición no logró su objetivo. El Ministerio archivó el expediente, sin presentarlo a la Reina, y sin pasar siquiera su discusión al otro Estamento (136). Pero como se reconoce ampliamente por la doctrina, cristalizó en este momento una amplia siembra de disensión y discordia, que daría lugar a las - amplias diferencias entre los poderes gobernantes, a lo largo de todo el XIX español.

B.-Los proyectos de Constitución.

Los proyectos de Constitución que se van a analizar a continuación son los conocidos como el proyecto de la Isabelina, y el proyecto de modificación del Estatuto Real de ISTURIZ. Resulta - muy interesante su examen, porque independientemente del escaso tratamiento que han recibido por los estudiosos políticos y los historiadores (137) significan por un lado, la expresión de las alternativas concretas de textos fundamentales normativos esgrimidos por los progresistas, y por otro, porque anticipan y prenun

cian las posteriores redacciones constitucionales españolas del período decimonónico.

Ambos proyectos surgen en medio de un ambiente de sedición y revuelta contra el poder constituido. Su tono es en sendos casos de un intento de recoger algunas instituciones políticas defendidas por los moderados, incluyendo formulación políticas muy queridas para éstos: así la dualidad de Cámaras, la concepción de la soberanía, un sistema electoral de base censitaria. Pero - al mismo tiempo, se cristalizaban en ellos muchos de los puntos-fuerza que había constituido desde el año 12 la bandera de los liberales exaltados: entre ellos, una declaración de derechos. (138).

El examen de ambos textos declarativos induce ya al pensamiento de que los preceptos que los recogen no pretenden -como - la letra legal y la práctica nos lo han manifestado en torno a la Constitución de Cádiz- formular derechos a favor de los ciudadanos que atribuyan directa e inmediatamente facultades ejercitables ante determinadas instancias jurisdiccionales. A partir de este momento, en las formulaciones españolas de los derechos, va a primar su aspecto ideológico y programático de carácter político sobre el estrictamente jurídico.

¿Cuál es la razón de esta importante variación respecto de la Constitución de Cádiz? La misma que anticipamos en su momento y que ahora recibe total justificación. En Cádiz no existía normativa legal ordinaria referida a cada uno de los derechos proclama

dos. Se imponía con absoluta necesidad un texto inicial de amplia factura que contuviera en sí, no sólo los principios genéricos - inspiradores de la nueva organización jurídica liberal, sino también otros principios más concretos que constituyeran las bases de la nueva sistemática.

En 1.834 existe ya una amplia legislación ordinaria que regula de modo concreto e inmediato las situaciones jurídicas relacionadas con las garantías fundamentales (139). En esa legislación ordinaria es donde se van a verter las diferentes visiones sobre los derechos fundamentales que van a mantener los sucesivos gobiernos. Las declaraciones constitucionales van a variar muy poco entre sí al referirse a estas materias. Los diferentes gobiernos y proyectos justificarán en todo momento sus intentos - constitucionales sobre la base de la aceptación de un número muy amplio de coincidencias, e indicarán que las modificaciones son escasas, generalmente justificadas por un deseo de mejorar los - textos antiguos o atender a las nuevas necesidades (140).

Sin embargo, y en el análisis de las "non natas" constituciones que ahora contemplamos se descubren ya aquellos leves matices que van a diferenciar unos textos de otros, pero que, desarrollados convenientemente en épocas posteriores por leyes adecuadas, darán pie a los muy dispares regímenes españoles del XIX.

Lo más curioso es que estos matices en el caso presente -y con toda claridad como veremos en su posterior momento en las si

guientes Constituciones dotadas ya de efectiva aplicación- son de muy diversa índole, pero entre todos ellos sobresalen los matices procesales, cuando de las garantías fundamentales se trata.

El primero de los proyectos, el llamado de la Isabelina es tá unido históricamente a una rocambolesca conspiración, en la que tuvieron un papel preponderante EUGENIO DE AVIRANETA y FLOREZ ESTRADA. La redacción del proyecto, cuya puesta en vigor era el fundamental propósito de los juramentados, se debe a Juan de OLA VARRIA, liberal exaltado, que exilado en Bélgica, mantuvo una es trecha colaboración y gozó de enorme prestigio entre los liberales constitucionalistas de aquel país, que como se sabe logró una progresiva norma constitucional de 1.831, que tanta influencia - ejerció en varios de los textos constitucionales del siglo XIX - español. Es esta Constitución y la francesa de 1.830, las que a juicio de los tratadistas más han influido en el proyecto de la Isabelina (141).

El segundo de los proyectos es obra del ministerio de ISTU RIZ, llegado al poder, después de MENDIZABAL, en brazos de la ma rea progresista que ya no dejaría de avanzar hasta el motín de la Granja. Desde el primer Gobierno progresista de MENDIZABAL, se - venía haciendo sentir la necesidad de volver a un régimen consti tucional auténtico. El ejemplo europeo, la añoranza de Cádiz, y el nuevo equilibrio de poder de las fuerzas alineadas bajo María Cristina (una vez producido el decantamiento de los absolutistas bajo la bandera de Don Carlos) imponían la necesidad de una pro-

funda reforma del Estatuto Real, para convertirlo en una auténtica Carta Constitucional. Las inspiraciones son las mismas que para el proyecto de la Isabelina, sobre todo en lo que se refiere a la declaración de los derechos. (141 bis).

La diferencia entre ambas redacciones se concreta en que el proyecto de ISTURIZ en el que intervinieron algunos miembros de su entorno, no puramente liberales, sino afectados de los "temores" y "reservas" moderadas, hace una especial y particular referencia, al regular cada una de las libertades fundamentales, a "las leyes" que luego habrán de desarrollar esa libertad, sin formular límite alguno a tal posterior regulación. Así mismo, en el propio título, y en su último artículo, hay una regulación de la suspensión de las garantías fundamentales. Extremo que no figura en el texto de la Isabelina, sino que existe precisamente un principio opuesto, enunciado en el artículo 2º de este proyecto. "Ninguna autoridad humana puede mandar cosa contraria a estos derechos; no puede por consiguiente, penetrar en el fuero interno del hombre, suspender las leyes protectoras de las prerrogativas naturales, ni dispensar a nadie del cumplimiento de las leyes bajo de ningún pretexto".

Son dos redacciones que expresan dos tipos de constitucionalismo liberal, radical. el primero y progresista con matices moderados muy importantes, el segundo. El secreto de estos matices están sin duda en la mano de ALCALA GALIANO, al que se atribuye el principal peso de la redacción del proyecto. Como señala TOMAS VILLARROYA es fácil rastrear la presencia de las doctrinas expues

tas en sus "Lecciones de Derecho Político Constitucional" (142).

A estos dos tipos de visión política, corresponden, como - vamos a ver, dos modos de enfrentarse con los derechos fundamentales, que se concretan en el diferente tratamiento de sus garantías procesales.

La redacción Isabelina establece los derechos como facultades anteriores y superiores a toda ley ordinaria posterior, que se encuentra limitada por el carácter absoluto de aquellas declaraciones. La redacción de ALCALA GALIANO formula como "prius" lógico y fáctico la explicitación del derecho fundamental en una norma posterior, de tal modo que el tal derecho no adviene facultad directa e inmediatamente ejercitable por el ciudadano, sino por la declaración legal, y no por la declaración constitucional. Así es el derecho el que tiene como límite la norma legal, y no viceversa como pretendían los radicales (143).

Examinemos sus articulados: En el artículo 1º de la Isabelina existe una formulación inicial que expresa "El derecho de poder hacer todo cuanto no esté prohibido expresamente por la ley o la costumbre". Esta formulación, según OLTRA, aparece por primera vez en la Constitución de 1.869, (144), expresa el concepto - tan querido para los radicales liberales -luego recogido por los demócratas de la ilegislabilidad de los derechos naturales, y es de inspiración netamente estadounidense -enmienda IX-.

La opinión que mantiene esta tesis no concuerda totalmente con la de OLTRA. El contenido de este artículo, y el primer proyecto del artículo 29 de la Constitución de 1.869 no trae su origen de la Constitución americana, sino del segundo inciso del artículo 5º de la Declaración francesa de 1.791 (145), y los textos concordantes de las constituciones posteriores, según veremos al analizar el texto español de 1.869. En todo caso, lo que se puede afirmar es que su factura es netamente antimoderada, y expresa en el terreno de los principios lo señalado más arriba.

En el proyecto de ALCALA GALIANO, no hay nada parecido a este precepto, y su orientación es netamente contraria, como se pone de manifiesto al legislarse cada uno de los derechos concretos.

La inviolabilidad personal y su regulación jurídica para los casos de arresto o prisión refleja en el primero de los proyectos que la ley que lo regula debe ser anterior al momento de comisión del delito. El texto segundo recoge un impreciso "formulas que prevengan las leyes" sin que contenga la salvedad de su anterioridad.

La libertad de imprenta sólo puede ser limitada para los Isabelinos por conceptos definidos con prioridad como son "las leyes fundamentales, las buenas costumbres y el honor de las familias". El texto de ISTURIZ hace una genérica y doctrinaria remisión a las leyes ordinarias.

Son estas dos muestras del espíritu que anima a uno y otro proyecto, y que ilustran suficientemente la importancia histórica de estos textos, como antecedentes de nuestra historia constitucional posterior.

VI.-MODERADOS Y PROGRESISTAS O DEMOCRATAS.

Se ha señalado al principio de este capítulo (cfr. nota 1) que ARTOLA ha mentenido recientemente una idea, ya esbozada por el mismo con anterioridad, pero cuyo pleno desarrollo no ha realⁱzado más que en un apunte dotado de una no desdeñable profundidad. Se trata de considerar que en el siglo XIX español, y preci^ssamente en el período que ahora tratamos de examinar, no exista más que una sola Constitución, o mejor dicho un sólo texto cons^titucional. Y ello aún a pesar de los constantes cambios políti^ccos de los que fué testigo este período histórico. Tal tesis, co^mo digo, no es más que una audaz y sugerente ampliación de otra más antigua, según la cual las Constituciones de 1.845 y 1.876 - no eran en realidad sino un solo texto.

En este momento, tal planteamiento resulta casi una insupe^rable tentación, puesto que no sólo plantea la posibilidad de in^tentar comprobar esta tesis, sino que además tiene metódicamente, la ventaja de que con ella, podemos ordenar temáticamente los di^ferentes derechos que hemos de examinar, y su tratamiento siste^mmático adquiere una vívida luminosidad.

Pero es que además, y tras un estudio previo, podemos llegar a adoptar un punto de partida, que luego será corroborado o no por un más detenido exámen de la articulación constitucional, que puede formularse así: por encima de las semejanzas formales de los distintos textos constitucionales de este período, existen matices importantes, en los que precisamente cristalizan las notables diferencias o auténticas semejanzas entre ellos, y por consiguiente, las diferentes o semejantes ideologías que los alumbraron. - Pues bien, una parte muy importante de estos "matices", tan significativos, son -y así se va a ver seguidamente- las distintas expresiones normativas fundamentales que consagran los diferentes sistemas de protección de los Derechos Fundamentales.

De este modo, esto es, tratando de analizar los preceptos constitucionales que van a ser objeto inmediato de estudio comparativo, no sólo aportará este trabajo una nueva luz, a las investigaciones históricas de que se ha hecho mención, sino que el análisis de los textos aparece mucho más ordenado sistemáticamente, que una simple enumeración y tratamiento aislado de tales textos.

La justificación, por otro lado, de no haberlo hecho así - hasta ahora, resulta clara. La tesis histórica, a la que acabamos de aludir, no abarca las Constituciones estudiadas hasta el presente, cuya originalidad y especificidad ya ha quedado demostrada. Hay que hacer, sin embargo, una salvedad importante: en la última parte del apartado anterior han estudiado dos proyectos de -

Constitución, que, como se ha indicado en su momento, representan los inicios patentes de dos orientaciones globales políticas, que van a estar presentes a lo largo del presente período. Se trata de los proyectos de OLAVARRIA, por un lado, y de ISTURIZ, por otro. Ya se decía más arriba, que el primero significaba un próximo antecedente de los ejemplos progresistas de Constitución, - mientras que el segundo era un antecedente modélico de la mentalidad constitucional doctrinaria o moderada.

Seguimos pensando lo mismo. Al menos como planteamiento de principio, y de modo hipotético, nuestro estudio va a plantearse en esta tradicional dicotomía. La tesis unitaria aún no está totalmente admitida. La tesis dualista, al menos hasta el presente, no tiene adversarios serios (146). Es, pues, procedente adoptar este punto de vista como concepción histórico-científica admitida, y plantear en torno a esta dualidad el examen de los derechos fundamentales y su protección en el segundo y tercer tercio del XIX.

En atención a todo lo dicho, podemos establecer en este estudio, y en este momento, dos líneas fundamentales de orientación de formulación de los derechos fundamentales, y su consiguiente protección procesal: la moderada, representada en los textos constitucionales de 1.845 -y su resurrección por el Acta Adicional- y de 1.876, por un lado; y la progresista, representada en los textos de 1.837, desarrollada en el proyecto de 1.856, y llevada a su plenitud en la de 1.869 y el proyecto de 1.873, por otro. El -

análisis en adelante va a agrupar las declaraciones de uno y otro signo respetando sin embargo, su orden temporal y a continuación va a subrayar los elementos que las caracterizan, de un modo más sistemático que el que ha servido de hilo conductor hasta ahora.

Solo en dos casos: inviolabilidad personal y libertad de - prensa y por las razones que en su momento se dirán se analiza independientemente la Constitución de 1.837.

El problema se plantea en torno a la ordenación de los textos, ¿cuál de los presentes en las diversas constituciones o proyectos se adopta?. La respuesta a esta cuestión viene determinada, ya, desde el comienzo de este trabajo, en los presupuestos - conceptuales y metodológicos adoptados en la Introducción. Se van a considerar como derechos fundamentales aquéllos que las Constituciones señalan como tales, por lo que resultará sistemáticamente más rentable que adoptemos como orden el de aquéllos textos - que con más amplitud tratan estos temás; el modelo de ordenación será entonces, y por supuesto, el orden establecido en la Constitución de 1.869 y el proyecto de 1.873, que son los que contienen mas completas Declaraciones. En último lugar se considerarán aquéllos derechos no consagrados en estas normas por las razones que se estima incidieron en su silenciamiento. En todo caso, se sigue manteniendo la diferenciación en torno a los derechos materiales -cuya consideración se realizará bajo el punto formal de considerar si se construyen como derechos ejercitables por los ciudadanos, los derechos jurisdiccionales, y por fin, el derecho de libre acceso.

A.-Derechos materiales.

1.-Inviolabilidad personal.

a.-La Constitución de 1.837.

La declaración del art. 7º plantea claramente las cuestiones fundamentales de nuestro trabajo.

Como se sabe, con el drástico cambio político que se alumbró en la Granja, en España se instauró de modo definitivo el sistema constitucional. La vieja Constitución de Cádiz se convirtió en la bandera ideológica que durante tantos años habían constituido el sueño de los liberales (147). Triunfante la Revolución, se piensa que la Constitución del 12 puede servir para ordenar la convivencia política de los españoles. Sin embargo, pronto se produce la aparición de la opinión, plasmada en la exposición de motivos de la Ley de Bases para la reforma de la Constitución, de que el texto de 1.812 no es adecuado para los tiempos presentes, y que es necesaria una reforma o adaptación de aquel (148). Algunos historiadores señalan que es esta la "cola serpentina" de un nuevo tipo de liberales "moderados", que ya habían conocido épocas venturosas bajo regímenes tan dispares como los de los años 20-23 o incluso en la apertura de 1.835. Los eufemismos dejan pronto paso a un lenguaje realista, y a la reforma y adaptación se la llama definitivamente nueva Constitución. Los moderados triunfan en toda línea (149).

Es necesario hacer este pequeño preámbulo, puesto que en el artículo que ahora estudiamos se encuentra una de las premisas

técnico-jurídicas típicas de los moderados: esto es, la remisión a la ley ordinaria como referencia límite de un derecho fundamental (150). Es asimismo necesario señalar que esta referencia, posteriormente omnipresente en los textos moderados "puros", no aparece en otras normas sobre derechos fundamentales como veremos - después. La razón está en que la Constitución de 1.837 es el resultado de un hábil equilibrio entre las facciones liberales del momento. Los progresistas, ante la victoria revolucionaria, habían bajado la guardia frente al empuje moderado, y éste se hace sentir en muchos temas constitucionales, que no son ahora objeto de nuestro análisis, y también en el presente. ¿Descuido progresista, que, sin embargo, no se produce en temas como la libertad de imprenta?. Es indudable que hay un cierto idealismo optimista en estos sectores, que les lleva a ceder en este campo, como menos "peligroso", quizá sin medir toda la carga explosiva de un artículo así redactado. (151).

La Ley de Bases no había contemplado explícitamente estos temas de declaraciones de Derechos. Se considera que otros son - los temas que hay que dejar bien atados antes de entrar en la redacción del proyecto y la discusión de las Cortes. En éstas, sólo se hará referencia al artículo 1º de tal Ley, en la que se establece que se despojará al texto constitucional de toda carga reglamentaria (152).

La Exposición de motivos de la Constitución sí hace referencia al modo en que deben declararse los Derechos: hay una con

cesión al espíritu progresista admitiendo su expresa formulación y su reunión en un título especial, que como sabemos motivaron - las acres discrepancias de los moderados en tiempo del Estatuto Real y con ocasión de la discusión de la Tabla de derechos (153).

Los antecedentes de este precepto se encuentran fundamentalmente en la Constitución francesa de 1.830 y la belga del año siguiente. A lo largo de la discusión sobre este artículo, los diputados demuestran conocer los preceptos correspondientes de las constituciones portuguesa, brasileña y estadounidense, vigentes a la sazón (154). Existe, sin embargo, un inciso especialmente - significativo y original, que refleja las dificultades y agresiones de épocas inmediatamente anteriores, en la que los textos inspiradores merecieron poca o ninguna atención: se trata de la prohibición de la separación del propio domicilio de ningún español- (155).

La discusión parlamentaria de este precepto se centra, sin embargo, en el tema fundamental, que va a constituir el caballo de batalla secular sobre este precepto y los concordantes de las constituciones posteriores. Los planteamientos son claros: los moderados tienen propuesta con toda nitidez la necesidad de que el artículo sea un norma-cuadro, que no atribuya derechos jurisdiccionales, ni otorgue la facultad de ser citada directamente por los súbditos ante los Tribunales. Será necesaria una ley posterior que delimite y matice los supuestos de la protección de esta libertad fundamental. Son varios los diputados que se rebelan con-

tra este planteamiento: PASCUAL, ARMENDARIZ, GOMEZ ACEBO, SOLER, AYLLON, y MATA VIGIL (156). Las réplicas se formulan por SANCHE, y especialmente por OLOZAGA. La defensa que hace este bien reconocido progresista es que todos los artículos del proyecto que recogen derechos fundamentales están sometidos a la misma disciplina de su determinación por ley posterior, y para demostrarlo hace una enumeración de los diversos ejemplos. Sin embargo, se olvida de uno, como le hace notar el diputado MATA VIGIL, y es precisamente el relativo a la libertad de imprenta (art. 2º), en el que se consigna expresamente un límite material mínimo que no podrá ser alterado por ley posterior, como es la prohibición constitucional de la censura, y el establecimiento del jurado, al que se concede indudable importancia. La libertad de imprenta pura es la verdadera contrapartida de las concesiones moderadas. El artículo se aprobó literalmente (158).

b.-Las Constituciones de 1.845 y 1.876.

Los extremos puestos de relieve en la discusión de 1.837, van a ser nuevamente subrayados en las discusiones de los preceptos correspondientes a estas constituciones que tomamos como paradigmas de textos doctrinarios.

El artículo 7º de 1.845 es una repetición literal del mismo precepto que en el párrafo anterior se ha analizado. Lo cual prueba la indudable filiación de aquél, la parcial inexistencia de una necesidad de reforma de la constitución, y la flagrante paternidad de este nuevo texto (afirmada por MARTINEZ DE LA ROSA

miembro del Gobierno que presentó el proyecto, en la sesión de - 12 de noviembre) (159). Las Cortes reunidas para la discusión de este proyecto no se extendieron en modo alguno sobre los temas - que podían constituir los puntos críticos de fricción entre las diversas facciones políticas españolas (160). En aquella asamblea, todo estaba bien atado, y las disquisiciones se plantearon, a lo más, para reducir al máximo la extensión de la ley, o para referirse al punto de la estructura, por lo demás absolutamente anti democrática, de los cuerpos colegisladores.

Lo más trágico de ello, no es la propia obra del 45, sino sus caracterizados númenes, como el de Narvaez, cuyo respeto a los derechos humanos bien pronto se puso de manifiesto, saltándose a la torera, no solo el principio doctrinal tal dimidiadamente expuesto en el texto constitucional, sino incluso la propia letra de la ley, esa ley a que se referían los constituyentes, con tan ta fruición, en sus famosas cuerdas de deportados a las colonias (161).

La experiencia de la década fué interrumpida, como veremos, por muy estimables intentos políticos, que no pasaron de eso, en los años 55, 69 y 73 pero que, al no cristalizar por fuerza de - sus propios enemigos, más bien que de sus defensores, se llegó - a la renovada égida de los doctrinarios canovistas, cuando en to da Europa tal sistema de gobierno estaba profundamente enterrado.

La Constitución de 1.876, obra de CANOVAS (162), presenta da por el Gobierno -para que el paralelismo con el 45 fuese total-

no planteó una muy enconada discusión más que en el tema religioso, y quizá en las liminares cuestiones sobre la legalidad o ilegalidad de el fenómeno constituyente "cuando la Constitución de 1.869 aún está viva" (ULLOA) la denuncia desde los primeros días de la discusión es clara. "Estamos ante un texto igual al de 1.845" (LEON Y CASTILLO, LINARES RIVAS).

Pues bien, el tema fundamental de la equiparación entre las dos Constituciones es la referencia a las leyes orgánicas presente en casi todos los artículos referidos a las libertades fundamentales, y la ausencia de garantías jurisdiccionales, manifestada -para nuestra sorpresa- de la misma manera que los constituyentes del 37 lo hacían en aquella ocasión (163). El artículo 4º referido a la inviolabilidad personal debería contener una cláusula que limitara la absoluta discrecionalidad de la administración, señalándose en una enmienda que se debería introducir el inciso "por causa del delito" (164).

Esta expresión no era sino la repetición del precepto concordante de la Constitución de 1.869, y el proyecto de la federal. Tal enmienda fué rechazada, sin plantearse ni siquiera la votación nominal.

La semejanza total entre los dos preceptos y los dos espíritus resulta aún más evidente, cuando comprobamos que la obra -de CANOVAS no es una pura repetición literal de la de NARVAEZ. - Con un tono eminentemente doctrinario, los constituyentes de 1.876

recogen la experiencia tecnico-jurídica formal de los modelos de mocráticos inmediatamente precedentes (165) y copian los supuestos más detallados referidos a la detención personal, el concreto supuesto del "Habeas corpus" -no regulado en las de 1.837 y -1.845-, con sus peculiares plazos, la prohibición del cambio forzoso de domicilio a cuya violación fué tan aficionado NARVAEZ- y la inviolabilidad del domicilio. Las diferencias, sin embargo, -entre las redacciones democrática y doctrinaria son bien patentes. La pormenorizada determinación de las circunstancias en que tales derechos no debían ser jamás desconocidos se sustituye en el caso de 1.876, por una machacona referencia a lo dispuesto en -las leyes. (166).

En todo caso, y eso es de señalar, los progresos, de que -ya no puede dar marcha atrás la historia constitucional española, y que significan el progreso definitivo en el modo de formular -esta libertad fundamental, se concretan en la determinación, más o menos sujeta a arbitrariedad posterior de la administración, -pero en todo caso explícita, de los instrumentos procesales de -la defensa del derecho.

Efectivamente, el principio de la inviolabilidad personal, y del domicilio de la residencia aparecen reconocidos desde 1.812, pero su consagración como texto jurídico, como norma otorgadora de facultades sólo se produce en 1.869, con la instrumentación -de los mecanismos de su ejercicio. Estos se articulan junto con los correspondientes a la posible exigencia de responsabilidades por parte de los violadores.

Este avance pervive en la regresiva Constitución de 1.876, y -como se verá en su momento- aún la mistificación a que va a someterse a estos principios va a provenir de su limitación jurisdiccional, al impedirse la cita de los preceptos constitucionales, como norma violada, en casos de exigencia forense de su cumplimiento (167).

C.-Las Constituciones de 1.856, 1.869 y 1.873.

La primera de las Constituciones que ahora examinamos constituye el signo de una nueva mentalidad en lo que al tema de la protección de los derechos humanos se refiere. Las características propias de la Revolución de Vicálvaro son bien conocidas (168).- Se trata quizá de un fenómeno histórico que, en cierta manera podría haber repetido los planteamientos y equilibrios de fuerzas desplegados en 1.837. Es un levantamiento progresista, que se trata de asumir por elementos tradicionales, e incluso bien asentados en el Régimen anterior, y que tratan de aguar de forma indudable las metas revolucionarias de la primera hora (169).

Las consecuencias en 1.837 ya las conocemos: pactos constitucionales que invalidan en buena parte incluso lo que con Cádiz ya se había conseguido. Y esto no sólo en las metas políticas específicas, sino también en la articulación de la propia materia que nos ocupa. Entonces, el juego del poder formuló principios, sin establecer sistemas de protección y la batalla de la defensa de las libertades se perdió.

Ahora el equilibrio se rompe y con gran apuro, a favor de los progresistas, lo que significará que el fin del periodo no - lo produzca una absorción del sistema sino una contra revolución. (170).

Cuando se discute la Constitución, se va a producir el gran enfrentamiento de las dos Españas, y de los dos modos de concebir la política que han dominado el siglo XIX. Nuevamente las líneas de los progresistas (cuya antorcha ha sido tomada por los demócratas) y los moderados, que ahora, ya sin rubor, se llaman doctrinarios, se van a enfrentar. Los puntos a conquistar son entre otros, la amplitud en las declaraciones de derechos fundamentales, pero garantizadas de modo eficaz y explícito en el texto constitucional, y la evitación de su regulación por ley ordinaria (171).

Una de estas batallas se plantea alrededor del art. 3 (172), en la introducción del párrafo en el que se concreta la penalidad de quienes infrinjan estos derechos. La propuesta se hace por el diputado BUENO en la primera sesión en que se discute el proyecto de Constitución (173). Su aprobación se produce cinco meses después en una votación, cuyo resultado = (89 votos a favor; 83 en - contra) pone bien a las claras lo apretado de la victoria, y lo crítico de su importancia (174). El resto del articulado no plantea problemas, porque era este pequeño párrafo el que ocasionaba auténticas alteraciones en el panorama jurídico-político. Nuevamente, porque en el 12 ya se concebía así, el derecho fundamental o lo varios derechos encerrados en la expresión inviolabilidad personal y de domicilio o residencia se otorgan como derecho.

En 1.869, el desarrollo de estos supuestos es total. Los - artículos 9, 10 y 12 hacen de estas libertades (consagradas en - los arts. 2º, 3º, 5º y 6º y en parte el 4º (175) auténticos dere chos subjetivos, y su conquista se va a mantener no sólo en el - proyecto de la Constitución federal (176), sino también -como ya hemos visto, y dentro del alcance indicado- en la de 1.876 (177).

El problema de la Constitución de 1.869 se va a plantear en torno al tema de los "derechos ilegislables"(178), que es una ex presión ampliamente utilizada en las larguísimas discusiones de la Constitución, y que originaron preceptos concretos, que luego habrán de examinarse más detenidamente. Lo que importa de este - planteamiento es señalar que:

1º) Ya no se va a discutir la pertenencia de su declaración constitucional.

2º) Tampoco se va a plantear un ataque frontal a los elementos que los constituyen como derechos subjetivos, esto es, la tipificación de la acción ejercitable en caso de violación.

3º) La cuestión se va a centrar en la necesidad de su limi tación. Y según se manifiesta paladinamente por los doctrinarios (como no se volverá a hacer después en 1.876) la defensa del inciso que prevendrá su régimen legal en ley ordinaria busca esta finalidad: la de limitar los derechos (179).

En este contexto hay que colocar la expresión ilegislable. No se trata, como a algunos puede parecer a primera vista, de la consagración del idealismo trasnochado (180), sino de la expresión retórica de un propósito, expresado en un precepto posterior (el 22 de 1.869 o el 21 de 1.873) (181), de que ni las leyes, ni sobre todo la administración pueda establecer disposiciones represivas de estos derechos.

Las enmiendas a estos artículos se dirigen todas -excepto una de MANTEROLA referida a la libertad de residencia de las órdenes y comunidades religiosas, para prevenir los casos de expulsión- a un mayor aseguramiento y concreción de los límites de estas libertades, y una mayor seguridad de que sea la autoridad judicial la que determine los supuestos de estas limitaciones. Existe una preocupación generalizada de determinar la inmediata competencia del "juez ordinario" "competente" dentro de una "sumaria" "indagatoria suficiente" en los casos de limitación de las diversas inviolabilidades y libertades que se establecen con amplitud. (182).

No hay ninguna enmienda de carácter conservador que pretenda sustituir estas expresiones por referencias a la legalidad ordinaria en la determinación del ejercicio de estos derechos. Los doctrinarios (CANOVAS, RIOS ROSAS), o los integristas (MANTEROLA, cardenal CUESTA, obispo MONESCILLO) no plantean redacciones alternativas. Los primeros sólo hablan en este sentido al impugnar los enunciados de la Comisión, los segundos reservan sus armas legislativas para la larguísima cuestión religiosa (183).

Los demócratas radicales presentan sus batallas en este tema (184) pero se centrarán también en otros puntos: abolición de la pena de muerte, abolición de la esclavitud, forma republicana. Con ello se consigue la aceptación de unas redacciones de estos preceptos francamente progresivas y con mayorías de una gran amplitud.

El hecho de que estos logros constitucionales, declaración, especificación de límites, consagración de los instrumentos de protección, se reiteren en el proyecto federal -e incluso en sus versiones alternativas, ninguna de ellas discutidas con eficacia en las turbulentas Cortes de 1.873- puede hacer suponer que en España se ha conseguido una pacífica y ulterior posesión de estas metas. Tanto más cuanto que en Europa existen precedentes de este tipo en una multitud de textos fundamentales vigentes, y ampliamente conocidos por los diputados.

La realidad histórica, es muy otra, como ya hemos visto (185). Sin embargo, de una vez para siempre, los derechos y libertades fundamentales, desde estos modelos constitucionales, ya se concebirán y ejercitarán como auténticos derechos subjetivos. El establecimiento de la congruente protección procesal así lo garantiza.

Dentro de este tema de la inviolabilidad personal, analizada, con la amplitud y extensión vista: se ha hecho referencia no sólo a la personal, sino también a la del domicilio y de residencia. Es necesario indicar una innovación propia de la Constitución,

de 1.869, mantenida luego en 1.873 y 1.876, y es la inviolabilidad del correo (186).

Los antecedentes constitucionales extranjeros, manifestados en la discusión de este precepto son varias, alguna de ellas muy antigua, belga art. 22; portuguesa, art. 145; suiza, constitución del año 1.848, art. 33, 3ª (187). El precepto que consagra esta inviolabilidad, presenta una redacción absolutamente renovadora e innovadora, respecto de sus precedentes constitucionales.

Sobre la inviolabilidad del correo existía un precedente - liberal no constitucional 1.813, pero la inclinación de Cádiz - respecto de esta garantía era más bien limitativa. Las circunstancias de la guerra, y la indefinición de los campos hizo caer en la tentación represora a los doceañistas. Sin embargo, los de mócratas impusieron en 1.869 una redacción absolutamente incondicionada, al modo de los precedentes extranjeros señalados.

Se trata, pues, de un derecho absoluto, sin posibilidades de suspensión, puesto que ni siquiera se recoge como uno de los supuestos del art. 31.

La versión de esta libertad en la constitución de 1.873 es exactamente igual en todos sus puntos.

Sin embargo, la agil inteligencia de CANOVAS convirtió a es ta incondicionada garantía, con un leve toque de pluma, en el de-

recho fundamental más violado por la administración tras la Constitución de 1.876, incluso de acuerdo con la normativa legal y constitucional vigente. Efectivamente, (188), prescripción expresa del art. 7 del 69 se convierte en una prohibición, cuyas condiciones de exención no se especifican, por lo que cualquier medida del legislativo (189), sometido a la mayoría y favorable - siempre al ejecutivo, especialmente en este tipo de casos, puede convertir a esta prohibición absoluta en un caso más de remisión a legalidad ordinaria, tan querida para los doctrinarios.

He aquí pues otra muestra del peligro de vaciamiento -que la Historia confirmó en la práctica- de una norma que consagra - un derecho fundamental, por el fácil recurso de silenciar simplemente su protección procesal.

2.-El Derecho a la Propiedad.

Al comenzar el estudio de este epígrafe, es necesario recordar las advertencias hechas ya con anterioridad en varias ocasiones, en el sentido de que se mantiene en este trabajo un estricto planteamiento positivo del catálogo de los derechos fundamentales objeto de análisis. Asumimos, pues, como fundamental, el derecho a la propiedad, porque así, y de modo ininterrumpido, se mantiene por los legisladores del siglo XIX español. (190).

El valor fundamental de la propiedad, puesto de relieve por los constitucionalistas de Cádiz (191), no es desdicho por ninguna declaración constitucional posterior. La propiedad se concibe

como un derecho, y como tal se protege con toda amplitud, sea cual sea el matiz político del Gobierno en el poder.

Como prueba de ello, y con la excepción de la declaración positiva de Cádiz, que ya se ha analizado, en los textos constitucionales no se hace una formal declaración positiva del derecho pero con una rara unanimidad, dándose por supuesta, se formulan dos prohibiciones generales: la de la confiscación de bienes -por lo demás ampliamente puesta en práctica, en épocas no constitucionales-: y la de la privación de tal propiedad, si no es por causa de utilidad pública o común.

Sin embargo, en este tipo de declaraciones, existen matices que arguyen, una vez más, en favor de las tesis que aquí se mantienen, en el sentido de que los textos más progresistas, arbitran -en los estrechos márgenes formales de las escuetas declaraciones de este principio constitucional- sistemas de protección jurisdiccional más concretos que los que indican los textos doctrinarios.

A este principio dedican las Constituciones de 1.837, 1.845, 1.876 el número 10 (192) de los correspondientes títulos primeros. La de 1.856 dedica dos artículos, descomponiendo los dos párrafos habituales de otros textos, arts. 12 y 13. Las Constituciones de mocráticas de 1.869 y 1.873 enjuician estas prohibiciones en los números 14 y 16, respectivamente (193).

Las redacciones de aquellas tres constituciones señaladas

en primer lugar así como los dos preceptos de 1.856 enuncian sim
plemente las prohibiciones, con un pequeño matiz, lleno de inte-
rés, en el caso de la Constitución de CANOVAS. Este matiz provie
ne de los incisos que las democráticas introdujeron en orden a -
determinar que la expropiación no podrá realizarse "más que en -
virtud de mandamiento judicial", y su indemnización será detamina
da por el mismo Juez, previa audiencia del interesado. Este inci-
so de marcado carácter jurisdiccional, que como en todos los ca-
sos de derechos fundamentales significa un avance progresivo, no
podía ser desconocido para los legisladores de 1.876, pero que una
vez más, y con un leve toque, convierten tal protección en una -
vacía institución en favor de la potestad discrecional de la Ad-
ministración (194).

El artículo Lo de 1.876 señala que será la "autoridad com-
petente" la que dictamine sobre la utilidad pública justificativa
de la expropiación, y solamente en el caso de que no se diese in
demnización previa, entraría el poder judicial en acción para am
parar, y en su caso, reintegrar la posesión al expropiado (195).

Las declaraciones de este derecho "fundamental" al propie-
dad no ofrecen, en las correspondientes discusiones de los precep-
tos que los enuncia, ningún interés. Quizá deba subrayarse que -
en 1.876 se intenta por un grupo de diputados liberales volver a
la redacción de 1.869, sin éxito alguno, pero dejando bien claro,
que con todos sus defectos -y pésima práctica posterior-la redac-
ción de 1.845 era mejor, porque por lo menos enunciaba con rotun

didad el principio, que, con la limitación ya indicada, se recoge en el precepto correspondiente del proyecto aprobado de CANOVAS.

Estos preceptos tienen en las Constituciones de 1.869 y - 1.873 un complemento, en el artículo 13 o 15 (196) respectivamente, sobre la prohibición de privar a los ciudadanos de sus bienes, y derechos, así como de su posesión, excepto en los casos de sentencia judicial, o casos de incendio, inundación o análogos, y - con los específicos fines de prevenir los peligros que pudieren sobrevenir de estos siniestros.

Nuevamente, en estos preceptos se constituye una prohibición, que en principio podría aparecer como enormemente genérica y casi programática, en un auténtico derecho, pues en el segundo párrafo de tal precepto, se señala con toda claridad la responsabilidad de los funcionarios que pudieran infringir tal - prescripción.

En cuanto a los precedentes legislativos, los correspondientes a los dos primeros supuestos, se tomaron casi a la letra de la Constitución belga. Esta contenía una referencia a las leyes orgánicas (197), que, a lo menos, hasta 1.776, no se recogió en España, por lo que nuestras redacciones especialmente la de 1.869 son superiores, que incluso supera en sus prevenciones, no sólo las del artículo 14, sino también las últimas comentadas del art, 13. En lo que respecta a la constitución del derecho público sub

jetivo, éste es paralelo al precedente francés de la Constitución de 1.848 (198), modelo en tantas cosas de los legisladores progresistas españoles. En esta caso sin embargo, el texto francés parece más preocupado en consagrar la discrecionalidad del Estado en esta materia, que en asegurar la posición jurídica de los ciudadanos.

Evidentemente, se estaba produciendo en el mundo político francés algo, que aunque fuera interrumpido por la aparición de Luis Napoleón, no dejaría de revivir en los últimos años del siglo, y constituir en los primeros del nuestro, uno de los nuevos signos de la conciencia política: esto es, la concepción cada vez más limitada y funcional de la propiedad, hasta su propia discusión conceptual como atribuible casi en exclusiva a los particulares.

En este sentido, hemos de designar la Constitución francesa de 1.848 como iniciadora de un movimiento progresivo. Por el contrario, dentro de la construcción del sistema procesal de los derechos fundamentales, y partiendo de la base de que tal derecho, el de propiedad, se considere como fundamental, (cosa que quizá nadie admite ahora con la absolutez decimonónica), los preceptos españoles del 68 y 73 son superiores. Los del 76 son enormemente discrecionales, aún cuando sean los suficientemente ambiguos, para permitir afirmar con toda claridad, que aquella discrecionalidad francesa y ésta canovista no son hijas de los mismos supuestos, sino precisamente de los diametralmente opuestos.

El exámen de la legislación ordinaria sobre esta materia, jurisdiccionalmente y en la legalidad ordinaria tuvo un gran desarrollo. Piénsese que la expropiación fué el supuesto tipo de la posible reclamación de los particulares contra la administración por la vía no penal, mientras que todas las demás actuaciones administrativas, que no tuvieran caracter criminal, se escapaban - de tal control jurisdiccional. Este exámen será realizado en el apartado siguiente.

Por último hemos de señalar que también las Constituciones de 1.869, 1.873 y a su ejemplo la de 1.876 recogen, entre sus artículos referentes a los derechos fundamentales españoles (199), lo que anteriores textos (1.837, 1845 y 1.856) hacían en el correspondiente al deber de contrábuir a los gastos públicos -por lo demás también presente en aquéllas-. Se trata del principio político fundamental, más que derecho, de "no taxation without - representation", o principio de reserva de ley para la determinación de impuestos.

Efectivamente, estas constituciones consideran este extremo como un derecho fundamental, sin embargo su análisis no tiene el interés de otras enunciaciones, por la misma razón ya tantas veces expuesta, de que no se construye en el texto constitucional ni además tiene por qué hacerlo, como un derecho fundamental, ejercitable mediante un adecuado sistema de protección procesal.

3.-Participación Política.

El derecho fundamental a la participación política en el - constitucionalismo español va indisolublemente unido a la idea + del sufragio universal (200).

Es evidente que los precedentes constitucionales europeos - son a este respecto muy superiores a los españoles. La idea del - sufragio universal iniciada en Europa no llega a España, hasta - 1.868, en cuya revolución de Septiembre se adoptó como una de las triunfantes banderas ideológicas, aunque desde 1.849 y especialmen - te en 1.856 representó un ideal de amplios sectores políticos (201).

La evolución en España pasó primero de la elección indirec - ta a la directa, al modificarse la Constitución de Cádiz en 1.837, pero el definitivo paso al sufragio universal, aún contando con - los evidentes falseamientos de las elecciones realizadas también con este supuesto, no se produjo hasta 1.890 (202).

La única interrupción de este proceso es el de 1869-1873, - con las dos leyes electorales (203) que complementan los precep - tos establecidos en este sentido en las Constituciones, atribuyen do a todos los españoles que gocen de sus derechos civiles el de - recho de votar en las elecciones de senadores, diputados a Cortes, diputados provinciales o concejales, o el general de votar en las elecciones (204).

Es preciso señalar que el derecho de participación política,

que por parte de los diputados demócratas se equipara con el de - participar en las elecciones, como se observa en la discusión de este artículo en las Cortes Constituyentes, es en realidad mucho más amplio, según se considera en los análisis actuales de tal - participación, incluso la concebida como derecho (205). Entonces sólo se cifraba en esta posibilidad de votar, la concreción práctica del derecho fundamental a la participación política, pero ya se hablaba de que tal participación no se concretaba en esto solamente. El problema es que quienes mantenían estas ideas, obviamente asumidas de modo dialéctico, según veremos, son los moderados o doctrinarios presentes en aquella discusión (ROMERO ROBLEDO CANO VAS: (106) o incluso SAGASTA). El área de la participación política era mucho más amplia, pero ninguna de sus concreciones constituía un derecho natural, ni siquiera el sufragio universal. Era - una inclinación natural, diferenciada de los derechos, al modo como en ocasión sublime el reaccionario MANTEROLA hablaba de libertades que no eran derechos ejercitables (207).

Los planteamientos, por lo demás, de los impugnadores del - sufragio universal también eran de carácter sociológico. Demostraban, con una audacia rayana en el cinismo, que incluso con sufragio universal, las cosas seguirían igual de controladas como hasta entonces (208).

El derecho fundamental de participación política sólo es reconocido, así pues, en las constituciones de 1.869 y 1.873, pero en sus declaraciones no se inscriben los supuestos jurisdiccionales

les de la limitación de este derecho. A este fin se dirigía una -
enmienda presentada, entre otros, por JUAN VALERA (209), que fué
rechazada. ¿Quiere esto decir que no se construía tal libertad -
como un derecho?. No se puede afirmar con esa amplitud. Hay que -
tener en cuenta no sólo que se especifica en la Constitución que
es un auténtico derecho (210), sino que también, al momento de la
redacción del artículo, existe vigente en España una ley electoral
-de 1.868- que arbitra todo un complicado mecanismo jurisdiccional
para el efectivo ejercicio de tal derecho, y al que se refieren -
los diputados en varios momentos de la discusión arguyendo en fa-
vor de que no sea necesaria una mayor explicitación en el texto -
fundamental de tales mecanismos (211). No es, pues, que apoyasen
un reenvío a leyes ordinarias posteriores con mentalidad doctrina-
ria, esto es, con la secreta intención de limitar en tales leyes
el ejercicio del derecho, sino contando con que tal legislación -
ya está en vigor y se adecúa a los principios que a toda costa -
quieren ver respetados.

4.-El derecho de libre expresión.

La libertad de expresión, concretada en un principio a la -
libertad de imprenta ha sido a lo largo del siglo XIX español, co-
mo ya se constataba al hablar de las dos constituciones del primer
tercio, un auténtico campo de batalla ideológica, en la que no só-
lo se han manifestado las diferentes concepciones de los políticos,
sino también sistemas jurídico-políticos muy distintos, añadiendo
se a todo esto, la existencia de una abundante experiencia concre-
ta sobre la práctica de tal libertad (212).

En esta libertad como en ninguna otra quizá, al menos con la amplitud temporal que ya se indica, es donde se pone de manifiesto que los legisladores, manteniendo una indudable identidad fundamental de propósito en la declaración, confían en los instrumentos de protección procesal, más que en ningún otro, la puesta en práctica de los auténticos propósitos que guían su visión de esta libertad.

Ya hemos visto como en Bayona se anuncia esta idea, que no se recoge en Cádiz, en donde se ha producido algo de lo ya señalado al hablar de la participación política en 1.869, esto es, que la referencia a la ley que figura en el texto de 1.812, parte del supuesto de que tal ley ya está dada y aprobada por las Cortes, - adecuándose también en aquel caso a los principios e intenciones liberalizadoras de los constituyentes.

La experiencia de los textos posteriores confirma este planteamiento. Las diferencias radicales existentes entre los puntos de vista moderado y progresistas o democrático sobre la libertad de imprenta se manifiestan en las leyes pero significativas alusiones a las cuestiones procesales que garantizan -o por el contrario dejan al arbitrio del poder político- el ejercicio de esta libertad. Vamos a sistematizar el estudio de las declaraciones sobre la libertad de emisión de pensamiento de acuerdo con las diferentes familias de constituciones ya señalado más arriba.

a.-Constitución de 1.837.

Uno de los supuestos fundamentales de la revuelta de la Gran

ja es la reinstauración de la libertad de prensa. Como veremos posteriormente, una de las primeras medidas que se toman tras la "Sargentada" es el restablecimiento de la Ley de 1.820 sobre este punto (213). Al año de esta liberalización se reúnen las Cortes Constituyentes para determinar las bases que han de servir para la redacción de la futura constitución. En ellas no se contiene ninguna relativa a esta libertad, pero costáneamente se manifiesta por las Cortes "Que se tome en consideración los excesos de la prensa."....a la formación de una Ley que concilie la Libertad de Prensa con la seguridad del Estado." No se plantea, pues, una limitación determinada por la posible violación de otros derechos, como es el de la propia honra, etc...sino la razón de Estado (214).

La ley que se produce no es especialmente restrictiva, para los ejemplos que pasado un tiempo van a ver la luz en España. Sin embargo ya se plantean normas no de tipo represivo para castigar los abusos de tal libertad, como mantiene el gobierno en sesión - de 14 de marzo de 1.837, sino auténticamente preventivas: como es la fianza para la publicación de periódicos.

Cuando se discute el artículo 2º (215) de esta Constitución en que se expresa la libertad de Prensa, la censura ya ha sido abolida, y tal punto no es objeto de discusión en las Cortes. Como se menciona en varias intervenciones, los ejemplos de las Constituciones francesas, en especial la de 1.830 (216) es determinante de la redacción de este artículo.

Los motivos de discusión, son los aspectos procesales: esto es, la no supresión de la fianza previa, puesta en vigor por las leyes a las que se refiere la Constitución, y la atribución de la - calificación de los delitos de Imprenta a los Jurados, además de la sugerencia de la ampliación de esta libertad a cualquier expresión, aunque no sea escrita.

La primera de ellas se mantiene con toda la fuerza, por OLO ZAGA, cuya única preocupación es sacar adelante de los escollos - moderados la institución del Jurado. Pero en la discusión se pone de relieve, sin contestación convincente el carácter preventivo - de esta medida, y el peligro que supone porque es un portillo abierto a la introducción de otras prácticas preventivas, amén de la - selección automática que se hace entre los posibles sujetos de ejercicio de tal libertad a favor de los económicamente poderosos. - Que se trata de un portillo de introducción de una velada censura lo prueba que cuatro meses después de aprobada la constitución, - se plantea por BARDAJI una ley sobre el uso (?) de la libertad - de imprenta y, al socaire de la fianza, se introduce el depósito previo, cuya virtualidad censuradora pronto se dejó sentir.

La segunda origina también alguna discusión, manteniéndose, por encima de todo, por ser la contrapartida moderada a las amplias concesiones de los progresistas.

b.-Las Constituciones de 1.845 y 1.876.

El planteamiento de esta libertad es paralelo de modo exacto

al que señalamos al tratar de la inviolabilidad personal.

Por lo que se refiere a la Constitución de 1.845 (218) está muy claro que uno de los fines más ardorosamente perseguidos por los moderados "radicales" era la limitación máxima del derecho que nos ocupa. Ya en la presentación de las modificaciones constitucionales, se manifiesta paladinamente que no se puede suprimir la libertad casi por vergüenza política, pero se hace expresa referencia a los inconvenientes de la libertad de imprenta en general. A la desconfianza que despierta, se unen los abusos que de ella - se han cometido en España (219) -y la cadena de leyes restrictivas no había cesado desde la de BARDAJI. Ello plantea la necesidad, - no de la supresión, que se descarta, sino de la no consideración constitucional del Jurado (220). Hábil estratagema para no enconar espíritus, pero que prenuncia su definitiva supresión, que se produjo dos meses después.

La discusión del precepto es muy corta y a él sólo se presentan dos enmiendas: una la del "inefable"-como le moteja MESONERO ROMANOS- diputado Sr. PERPIÑA, solicitando censura previa para los escritos religiosos, y otra más interesante de los diputados ORENSE y PASTOR DIAZ, sobre la necesidad de que conste el Jurado, "única garantía de la libertad frente al Gobierno". La Comisión y el Gobierno (MARTINEZ DE LA ROSA) responden que quitar al Jurado de la Constitución no significa hacerlo desaparecer (221).

Dos meses después, NARVAEZ convierte en dorado sueño esta libertad ampliamente perseguida por todos los políticos, y para eso suprime el Jurado.

La Constitución de CANOVAS recoge en su artículo 13 la libertad de expresión y copia lo expuesto en la de 1.869, con un añadido que, como veremos, no se contenía en ésta, y es la supresión de la censura previa. Naturalmente lo que no se hace es restaurar el Jurado, y no atender tampoco al precepto de la constitución inmediata anterior, la de 1.873, en que expresamente se prohibía, no sólo la censura, sino también el depósito, y la figura del editor responsable (223).

Pero incluso en este caso, la constitución de CANOVAS, siendo totalmente tributaria del espíritu de la de NARVAEZ, arbitra una formulación enormemente hábil, para evitar la referencia a la legalidad ordinaria, expresa en el proyecto del General, contando totalmente con ella, y presuponiéndola, con lo que la limitación a la libertad de imprenta se considera como algo sobreentendido y sin apelación posible. Tanto más cuanto que a pesar de su primera vista ilimitada expresión, el Tribunal Supremo se niega a aceptar este precepto constitucional como norma violada, a partir de 1.876. A ello se une la ampliación de la libertad de imprenta a otras formas de expresión introducidas en el lenguaje constitucional por la de 1.868.

La situación constitucional resulta de lo más ambiguo para CANOVAS, la libertad de expresión, en sus diferentes manifestaciones ha sido un logro sociológico, y por otra parte la situación ante la que se presenta su Gobierno pueden dar lugar a justificar -desde la óptica moderada- la limitación o prevención del ejercicio de este derecho.

La realidad es que en febrero de 1.876 se restablece la censura previa para los folletos -publicaciones de menos de 200 páginas-. La redacción de la Constitución resulta por ello ambigua. - Una ambigüedad que quizá se escapa de los propios cálculos de CANO VAS, puesto que ello permite que en 1.883 y por un período que corre hasta 1.890 SAGASTA logre publicar una ley ampliamente alaba-da por su carácter liberal y técnico que constituye uno de los buenos modelos sobre esta legislación en el siglo XIX, y que recoge la línea política de pensamiento puesta de manifiesto por las Constituciones democráticas.

c.-Las constituciones de 1.856, 1869 y 1.873.

Como ya hemos indicado, formalmente existen dos tipos de declaraciones constitucionales de esta libertad, aquéllas que se refieren sólo a la libertad de imprenta, y aquéllas, que a partir de 1.869, por una mayor empeño en ahondar y ampliar los campos de la libertad, la engloban dentro de la más genérica de emisión de pensamiento. Esta ampliación, es recogida literamente en 1.876, pero con los hábiles recortes materiales estudiados.

Las Constituciones más auténticamente liberales o democráti-cas no se distinguen, pues, por la amplitud de su declaración, si-no que lo que las hace entre sí cercanas son precisamente las precisiones de tipo jurisdiccional.

La declaración del art. 3º de la Constitución de 1.856 es -sensiblemente igual sobre todo en el párrafo enunciativo de la li

bertad -único por lo demás en la moderada- a las constituciones del 37 y del 45. Evidentemente se recoge la institución de los jurados para los delitos de imprenta, dentro de la tónica general favorable a tal instituto jurisdiccional existente en la época. Pero además, y dada la práctica existente en torno al ejercicio de esta libertad en la época posterior al 37, se establece un párrafo encaminado directamente a la supresión de la práctica de la censura -subrepticia del depósito previo. Tal párrafo es la prohibición constitucional de la acción judicial contra ningún impreso "hasta el momento en que haya empezado a circular". Este interesante inciso veremos que estuvo muy presente en las mentes más progresistas, - en las discusiones de las Constituciones democráticas posteriores, aunque su presencia no fuera siempre todo lo efectiva que cabría esperar. Desde el primer momento se plantea por los legisladores esta necesidad de mejorar la enunciación del derecho constitucional que tratamos -manifestada incluso en el Manifiesto de Manzanarés- ya que "aunque sea posible fijar en la Constitución las bases de ninguna ley sobre esta materia...debe al menos procurarse que no se pueda eludir la prohibición de la previa censura" (E.de M. proyecto Constitución). En la discusión de las enmiendas a las bases del proyecto de la Constitución, existe ya una frontal oposición por las fuerzas más progresistas al inciso, aún conservando la remisión a las leyes ordinarias (OENSE, RIVERO: "Los Reglamentos pueden ser el lecho de Procusto de las declaraciones constitucionales, como ampliamente tiene demostrada la experiencia, no sólo española sino de otros países", VALERA (223). Tales enmendantes piden que se supriman otros instrumentos de prevención de este

derecho, como son las figuras del depósito y del editor responsable, en torno a las cuales se va a plantear la discusión hasta - 1.873.

El artículo 17 de la Constitución de 1.869, recoge una indcación genérica de la libertad de emisión del pensamiento; señalándose como un tipo la libertad de imprenta. Esta declaración genérica, recogida en tal artículo junto con otros derechos fundamentales de que se hará mención posterior, se acompañó como cabía esperar del talante de los legisladores, de otros artículos art. 22 y art. 93 en que se perceptúa la institución del Jurado, y la supresión de toda forma de censura previa, depósito, y la figura del editor responsable. La discusión de todos estos extremos plantea el análisis más amplio de lo que se entiende por "derechos - ilegislables", en el sentido de derechos cuyo ejercicio debe ser asegurado a todo trance, y de la congruencia de la institución del Jurado para este tipo de delitos, en el marco de todos los delitos políticos (224).

Baste para apoyar, por ahora y de modo provisional mientras no estudiamos el tema con mayor detención, el sentido que hemos - dado al concepto de "ilegislabile" como derecho pleno en el sentido de derecho público subjetivo, "bajo el amparo inviolable de los Tribunales de justicia" liberales palabras con que MORET (30 de - marzo) responde a los críticos del precepto (225).

El sentido de la existencia del Jurado es asimismo asegurar la plena efectividad de las libertades públicas cuyo enjuiciamiento

to se atribuye a este tipo de institución (Cfr. intervenciones en este sentido de OLOZAGA, respondiendo a RODRIGUEZ PINILLA) (226).

La Constitución de 1.873 recoge todos estos extremos, y en el caso del Jurado no sólo se compromete a establecer tal institución, sino que propone declararla existente, con las normas básicas de su formulación desde el mismo momento en que se apruebe la Constitución (227).

5.-El derecho de reunión pacífica.

Es evidente que eran conocidos los legisladores españoles - los preceptos constitucionales extranjeros en que se recoge el derecho de los ciudadanos a reunirse pacíficamente y sin armas (Constituciones francesas de 1.791, 1.793 o la de 1.848, la Constitución belga de 1.830) (228), sin embargo esta libertad no se reconoce constitucionalmente hasta 1.869, (229), y la procedencia de su enunciación no se manifiesta hasta 1.855 (230), con ocasión de la "non-nata" Constitución de 1.856. El fenómeno político de la - reunión pacífica -y el incluido de la manifestación- no sólo se conoce en España desde 1.812, sino que se regula ampliamente por medio de legislación ordinaria. Es indudable que el ejemplo de Francia, que desde 1.793 hasta 1.848 no regula constitucionalmente el derecho de reunión, o el caso americano en que tal derecho aparece muy velado, no son contrarestandos en ningún momento por la clara prescripción belga, que como ya sabemos era lugar común de los progresistas españoles.

En 1.837 no se plantea ni siquiera la ampliación del catálogo de derechos expuestos en el texto de 12, es más, como hemos visto, y a pesar de las peticiones de algún Diputado (MONTTOYA y ORENSE, S.13 dic. 36, Disc. Bases) se recortan muchas de las que no - figuraron después. Está claro en el ánimo de los constituyentes - que lo que trata de hacerse es una poda de Cádiz, y modificar más que los principios de la convivencia, los instrumentos de Gobierno.

Con ocasión de la discusión de las bases para la promulgación de la Constitución de 1.855, así como en la formulación del articulado de tal ley fundamental, es cuando surge por primera vez en España la petición de la consagración constitucional del derecho de reunión, con distinción, incluso, de las celebradas en local cerrado o abierto. Los autores de las correspondientes enmiendas son: ORENSE, por un lado, ORDAX AVECILLA, por otro, en cuanto a las bases; y VALERA y LASALA cuando se discute el texto articular (231). Ninguna de estas enmiendas se toman en consideración; es más, como se pretende adicionar al texto constitucional esta - libertad junto con otras, por ejemplo: enseñanza, o sufragio universal, ni siquiera se aducen razones en favor o en contra de la reunión, sino que se centra la discusión en las otras libertades, rechazándose globalmente las solicitadas innovaciones.

Es en 1.869 cuando ingresa en el texto constitucional la libertad de reunión pacífica. Como sabemos, la declaración de tal - libertad había constituido una de las banderas, junto con otras - libertades, de la revolución. La discusión sobre esta materia en

en las Cortes es muy escasa. El art. 17 contemplaba otros supuestos: p.e. la libertad de imprenta o de asociación, que sí son objeto de vivos debates. No ocurre lo mismo con la reunión, que por lo demás se concreta en el art. 18 (232) respecto de su ejercicio de una manera muy restrictiva, por la expresa remisión a las leyes de policía. Es importante destacar este punto, porque en este mismo período constituyente, algunos legisladores solicitan la formulación de leyes orgánicas que regulen el ejercicio de determinadas libertades, estableciendo las condiciones permisivas y con un espíritu positivo respecto de su ejercicio (233). No ocurre así con la reunión, cuya concreta regulación se reserva por la Constitución a las disposiciones siempre regresivas de policía. Ninguno de los ejemplos concretos que tienen ante sus ojos los legisladores tomados de nociones auténticamente democráticas: Francia, Constitución de 1.848 o Bélgica, constitución de 1.830, abona este pesimismo ideológico. Los franceses han señalado con claridad los límites del ejercicio designado como únicamente válidos el derecho de los demás y la seguridad pública. Los belgas distinguen con toda claridad entre reuniones en local cerrado, sometidas a las leyes protectoras del ejercicio de esta libertad; de las celebradas al aire público, cuya consideración se deduce fácilmente de la redacción del artículo. "Esta disposición (esto es, la sumisión de las reuniones cerradas a la ley que pueda regular el ejercicio de este derecho) no se aplica a las reuniones al aire libre, que quedan enteramente sometidas a las leyes de policía".

Este claro matiz restrictivo del segundo tipo de reuniones se manifiesta también en el Código constitucional español, aún en

su impostación genéricamente más limitativa. Así, las reuniones en general, no sólo estarán sometidas a las leyes de policía, como to das, sino que solo podrán celebrarse al aire libre.

De todas maneras, este carácter restrictivo, por las razones que en su día tuvieran los autores del precepto, se manifiesta con toda claridad. El artículo es una enunciación auténticamente normativa. Hay efectivamente una remisión a legalidad posterior: la visión moderada del derecho de reunión en su formulación sesenta-y ochista resulta especialmente sorprendente. Pero en todo caso, - aún se da siquiera en su más mínima expresión algún dato sobre el efectivo ejercicio de tal libertad. La sorpresa que produce, de - todas formas, este precepto aumente al compararlo como haremos se guidamente con el derecho de asociación, inmediatamente después - regulado.

La Constitución de 1.873 (234) recoge este mismo espíritu, acentuando si cabe las prescripciones materiales que limitan el - ejercicio de esta libertad. Insistimos en que tales limitaciones no se pretenden introducir subrepticamente por la vía ordinaria. Se pretende construir el esqueleto normativo de un auténtico dere cho, por mucho que se considere necesario limitarlo. Así, la Cons titución federal establece que la autoridad municipal (curiosa re ferencia al poder local como más cercano e inmediato en la consi- deración de los constituyentes esencialmente descentralizadores - hasta estos extremos) pueda prohibir los espectáculos contrarios al decoro, las costumbres o la decencia pública. Del mismo modo, -

las reuniones al aire libre no solo se habrán de celebrar de día, sino que no podrán celebrarse alrededor de los lugares donde está representada la Nación, Ayuntamiento o Cortes.

La Constitución de 1.876 (235) vuelve por los fueros del - doctrinarismo, enuncia el derecho, de modo positivo "Todo español tiene derecho...", frente al enunciado negativo, pero en teoría - mas ajustado, que contienen las dos Constituciones anteriores "Tam- poco podrá ser privado ningún español del derecho...". En segundo lugar, silencia absolutamente cualquier referencia a condiciones concretas del ejercicio de este derecho.

La realidad descubre bien pronto cuál será el sentido de es- te silencio tan buscado como permisivo. De nada valen las denun- cias planteadas por los viejos "republicanos posibilistas" o los más auténticos liberales que desvelan incluso el misterio de la - variación sibilina del enunciado del artículo (236). La votación barre las últimas resistencias, serán las leyes las que otorguen los derechos y no la Constitución. Una vez más se habrá consagra- do la arbitrariedad.

6.-El Derecho de asociación.

Es bien sabido que la historia normativa de este precepto co- rre paralela a la correspondiente al párrafo anterior (237).

En principio no es objeto de regulación constitucional, por- que, a pesar del denodado esfuerzo p.e.: del Diputado LASTARRIA en

las Cortes de 1.820 para que así se declarara, se mantuvo durante mucho tiempo la relatividad de esta facultad política.

Junto con las que acabamos de reseñar, constituyó la libertad de asociación, por lo demás mucho más tempranamente ejercitada por los ciudadanos españoles que aquéllas, una de las peticiones que se solicitaron formular por algunos diputados en las Cortes Constituyentes de 1.855 (238).

No es, sin embargo, sino la de 1.869 la que recoge esta libertad como derecho fundamental ejercitable por los españoles, por mucho que, como decimos, hasta ese momento haya existido todo tipo de sociedades, clubs, etc en la arena política de nuestro país (239).

Los antecedentes constitucionales son múltiples. Como se sabe, la historia constitucional francesa en este aspecto está condicionada por la desconfianza inicial de los revolucionarios de primera hora respecto de las asociaciones laborales y políticas, frente a las que manifiestan una clara hostilidad. Las primeras declaraciones sobre la libertad de asociación de los franceses son claramente restrictivas (240), puesto que si bien suponen esta posibilidad jurídica para los ciudadanos, en la ley constitucional sólo se recogen los supuestos de asociaciones que se consideran prohibidas. Únicamente en la Constitución de 1.848 se recoge incondicionalmente este derecho, con las mismas limitaciones genéricas que hemos expuesto en el apartado anterior para las de reunión,.- (Cfr. nota 228).

La Constitución Belga es el texto fundamental de mayor influencia en España, que recoge de modo claro la libertad de asociación como derecho fundamental no sometible a medida preventiva alguna, sin especificación de los fines que puedan perseguir tales asociaciones (241).

La Constitución de 1.869 establece tres tipos de declaraciones en torno al derecho fundamental de asociación:

- a) Se consagra el derecho fundamental de asociación.
- b) Se consagra una amplia gama de finalidades, con la exclusiva limitación de su conformidad con la moral pública.
- c) Se establecen las prevenciones a tomar cuando las asociaciones contraríen aquella moral, o, y aquí se introduce una nueva limitación, comprometan la seguridad del Estado, estableciéndose la posibilidad de su disolución gubernativa (242).

Así como los dos primeros extremos no suscitan oposición alguna, mas que una enmienda del sector integrista de la Cámara, - (243), solicitando una expresa mención de las comunidades religiosas, el tercer extremo, consagrado en el art. 19 genera una viva polémica desde el mismo momento en que se presenta a discusión la Constitución. Genéricamente, como un motivo más para impugnar todo el proyecto se manifiestan en contra de esta posibilidad de supresión o disolución gubernativa FIGUERAS y CASTELAR (244). La impugnación corre a cargo de MORET, y su argumentación está llena de interés: al determinar los supuestos de la disolución se quieren establecer constitucionalmente los límites del ejercicio de -

esta libertad, para que la ley posterior sometida al imperio de - la norma superior, no pueda formular fronteras más estrechas (245). De igual manera, cuando se discute en concreto el art. 19 se atacan los dos puntos que se estiman débiles por los demócratas: no puede disolverse una asociación, porque sus miembros delincan, y tampoco porque con posterioridad a su nacimiento el Gobierno estime que contraría la seguridad del Estado. Para diputados como ROBERT, SERRACLARA o RODRIGUEZ SEOANE, existen los medios para prevenir los males que pueden originar la disolución, sin necesidad de llegar en ningún caso a ésta: la sumisión al Código Penal, en el primer caso, el examen de los estatutos y demás extremos antes del nacimiento de las asociaciones, en el segundo (246). Por parte de la Comisión redactora contesta GODINEZ DE PAZ, no sospecho- so de oscurantismo, por lo demás. Su respuesta sigue los mismos - caminos que la de MORET, ya examinada, y plantea la necesidad de una actuación efectiva cuando los individuos se escudan en las - colectividades para realizar aquellos actos que puedan ser nocivos para la sociedad en general (247).

Resulta de un enorme interés constatar que, desde el princi pio de la consagración constitucional de este derecho -pues como tal hemos de descubrirlo en la letra y en el propósito expreso de los legisladores, de uno y otro signo- se conecte con el asociacio nismo obrero, y el socialismo (Cfr. RODRIGUEZ SEOANE) (Crf. nota 246).

La labor realizada en 1.869 tuvo su continuación y fructifii

cación en el proyecto de 1.873. Es esta materia, junto con la religiosa, en la que se manifiesta una mayor diferencia, de tono progresivo, en la Constitución federal en lo que se refiere naturalmente a los derechos fundamentales.

El proyecto recoge en el art. 19, 2º la declaración general de 1.869. Sin embargo, el importante art. 25 (248) supone una auténtica revolución en el régimen legal de las asociaciones. En él, se prohíbe la disolución de cualquier asociación, por cualquier autoridad, excepto en el caso de las sociedades clandestinas. Se entienden por tales también las públicas, cuyos estatutos no sean conocidos, o aquéllas en las que los socios hayan asumido obligaciones secretas. El espíritu de este precepto se adecúa perfectamente con sus precedentes europeos, y constituye un ejemplo de amplia liberalidad, que contrasta curiosamente con la visión algo restrictiva del derecho de reunión y manifestación que hemos visto - más arriba.

Esta clara línea de progreso se rompe totalmente con la Constitución de 1.876. La discusión del art. 13 (249), en el que se contiene también la libertad anteriormente examinada no produce la menor discusión, excepto la enmienda idéntica a la que los reaccionarios pretendieron introducir en 1.869 sobre las comunidades religiosas. Nuevamente hemos de constatar que la ausencia de toda prescripción jurisdiccional, sea material sea procesal, convierte a este precepto en una declaración de buenas intenciones, o mejor dicho a una cínica tapadera política de los auténticos propósitos

de los canovistas. Las palabras de CASTELAR en 1.869 resultaron - proféticas. "Hay Constituciones hechas para satisfacer a la diplomacia, y sabido es que diplomático y reaccionario suelen ser sinónimos en el lenguaje político".

7.-El derecho de petición.

Este derecho viene reconocido ampliamente en la historia constitucional española, y en su propia naturaleza, se mezcla su carácter tradicional con el indudable tinte liberal procedente de la - Revolución francesa. Preceptos semejantes a los que figuran en las Constituciones españolas se dan en otros textos extranjeros (EE.UU. Francia, Bélgica, Prusia, Austria, etc...) y su regulación concreta, por mucho que en nuestros textos de 1.837, 1.845 y 1.856 (250), se haga referencia a leyes especiales, no ha sido objeto de gran desarrollo legislativo. Tampoco su más concreta disciplina, tal y como se expone en las Constituciones de 1.869, 1.873 y 1.876 (251), suscitaron discusiones ni enfrentamientos especiales.

Tiene sin embargo este artículo una importancia especial, - puesto que para algunos autores es precisamente el supuesto filosófico-jurídico del derecho a la jurisdicción, en el sentido dado a este término en la Introducción. La procedencia de este origen resulta además demostrada históricamente cuando precisamente, y en relación con tal libertad, en 1.869, y por parte de los diputados MORENO, GIL BERGES y CASTELAR (252), entre otros, solicitan que - en el art. correspondiente se introduzca una adición, relacionada precisamente con el derecho de petición, expresándose el derecho

de todo español a la "representación directa ante los Tribunales o por medio de cualquier otro español o extranjero a su elección".

Así mismo, examinaremos en su momento, algo que ya se ha esbozado, y es la relación de la consagración de ese precepto con la constitución del primer antecedente español del Tribunal constitucional. Esto es, su influencia en la creación de la Comisión de casos de responsabilidad.

En todo caso, desde su comienzo, el derecho de petición se construye como un auténtico derecho inmediatamente ejercitable pero dado que tal ejercicio no es problemático, ni se prevé ni se necesita una protección jurisdiccional, excepto en los casos de su limitación.

8.-La libertad religiosa.

Sin duda alguna podemos considerar esta libertad como la más discutida a lo largo de toda la Historia constitucional del siglo XIX.

El problema central en torno a este tema estriba precisamente en su propia consideración como libertad fundamental. La religión no es un propiamente el ejercicio de un derecho público subjetivo más que en la época democrática (1868-1874). En el resto del siglo XIX, la religión se considera más que como un derecho, un elemento político más de la conformación social de la Nación. (253). A lo más (Constitución de 1.855 y 1.876 (254) se considera

que la práctica privada -absolutamente privada, entiéndase bien, hasta el punto de no permitirse ni siquiera rótulos anunciadores de otras confesiones que la católica- no puede significar motivo de persecución o molestia; e incluso en el campo privado, siempre que respete la moral cristiana (Constitución de 1.876).

En un amplio espacio de tiempo, la Religión e Iglesia católica: son las instituciones y creencias religiosas que monopolizan el favor y el permiso del Estado. A ello se une además, el espino so problema decimonónico de la desamortización, y la consiguiente carga financiera del Estado para la manutención del culto y clero de esta religión. Tal problema no constituye sólo una cuestión económica, sino una auténtica presión psicológica, engendradora de - mala conciencia que priva en muchos casos de amplitud espiritual de movimientos a los legisladores para enfrentar sin prejuicios - la necesaria liberalización del ámbito político-religioso (255). Si a todo ello se une la fuerza que siempre imponen los planteamientos ideológicos del bando carlista, esencialmente reaccionarios en este tema, y tanto más influyentes, por paradoja psicológicamente explicada de modo científico, cuánto que son el bando - contrario de una prolongada guerra civil, al que después de vencido hay que ganar para la propia causa, el resultado es indudablemente muy negativo para nuestro constitucionalismo decimonónico.

Las Cartas constitucionales existentes en la época son a este respecto absolutamente dispares. Piénsese en el repaso que se hace en las larguísimas discusiones de 1.869, en las que cada par

te, contradictoriamente enfrentada, aporta en su favor ejemplos extranjeros, tan contradictorios como sus propias posiciones.

El tema, en lo que a nuestro análisis respecta, está claro. No podemos considerar que la libertad religiosa, también llamada de cultos, es una realidad efectiva, más que en la época democrática señalada, y a ella nos debemos atener.

En 1.869, se produce, como acabamos de señalar, una larga y apasionada discusión en torno a la declaración de este derecho - (256). Las contrapuestas opiniones cristalizan en diecinueve textos (257) (el aprobado y 18 enmiendas) que van desde las posiciones más radicalmente conservadoras, hasta las más ferozmente anticlericales. El resultado es una solución híbrida en la que se produce un cierto reconocimiento predominante del culto y ministros de la religión católica en orden a la obligatoriedad, asumida por el Estado, de su mantenimiento (La mala conciencia de la desamortización está clara). Al tiempo, se establece la más amplia libertad, teórica (no hay reconocimiento de ninguna especial religión) y práctica (se prohíbe toda discriminación por el ejercicio privado o público de cualquier religión), estableciéndose un límite de una enorme ambigüedad (las reglas universales de la moral y del derecho) (258).

A lo largo de la discusión del precepto, entre otros muchos puntos doctrinales, que no son del caso reseñar, se plantearon: - la libertad de cultos, incluida la Iglesia católica -por mucho que

algunos de los diputados se manifestaran contrarios a esta u otra religión- como un derecho debido a la persona humana; la necesidad de que el Estado y la Iglesia fueran sociedades perfectamente separadas en el ámbito jurídico; que el Estado no se sintiera obligado a mantener ningún culto concreto, ni por consiguiente tuviera participación alguna en los nombramientos de ministros. El resultado es, como hemos señalado, transaccional. Se formula la limitada libertad religiosa, pero se mantienen vínculos entre ambas sociedades (259).

La Constitución de 1.873 viene a romper totalmente el equilibrio en favor de las tesis laicas. Incluso en la misma nomenclatura, se adopta la expresión más secularizada de culto, sin referencia alguna a religiones (260).

La regresión de 1.876 es clara. Sin embargo, algo muy importante ha cambiado en la sociedad española, puesto que la vuelta al espíritu del 45 es, por lo menos en esta materia, imposible. - Ello se pone de relieve por los mismos detractores de la totalidad de la Constitución (así LEON Y CASTILLO, según hemos visto). De todas maneras, la limitada concesión de libertad religiosa funciona como un clarín convocante de las fuerzas más derechistas de la Cámara, que plantean a este artículo siete enmiendas para asegurar aún más la preeminencia, y en algunos casos el total monopolio de la Religión católica (261). La única enmienda mas progresista que el texto intenta tímidamente asegurar la posibilidad de un culto público no católico, después de un paladino reconocimiento de la religión católica, casi a la letra del correspondiente precepto de 1.869.

9.-La libertad de enseñanza

Hemos visto que en la Constitución de Cádiz, aunque no se consagrara como derecho fundamental el que ahora nos ocupa, formularon, los legisladores la preocupación constitucional y política por el aseguramiento de las reales condiciones objetivas para que pudiera existir esa libertad. Los de Cádiz, con una visión quizá - aún muy ilustrada, se interesaron más por la instrucción, y su efectividad, que de la declaración de esta libertad.

La libertad de enseñanza se plantea, por primera vez, en las discusiones -sobre bases y articulado- sobre la constitución de 1.856 (Cfr. nota repetidamente citada 200 y 201). La libertad de enseñanza así formulada se plantea por los sectores más demócratas. Como ya es conocido, esta propuesta no es tomada en consideración. Las razones expuestas por RÍOS ROSAS en oposición a la consideración constitucional de este derecho, es que no es ejercitable en un país donde existe la unidad religiosa (262). Evidentemente se está muy lejos de concebir esta libertad como un derecho subjetivo de carácter fundamental cuando se estima como un requisito de pura seguridad para otros fines.

Las razones y argumentos puestos de relieve por la minoría demócrata se ven pronto atendidos, y el art. 24 de la siguiente - Constitución recoge este derecho (263).

El enfoque, sin embargo, dado por la fórmula es muy específico. El centro focal de la declaración no es la enseñanza, ins-

trucción o educación, sino la posibilidad de fundar y mantener es
tablecimientos dedicados a esta finalidad. La razón de este giro
es nuevamente la preocupación de los legisladores por las condicio
nes que habrán de cumplir los que deseen dedicarse a estos meneste
res.

Los antecedentes de otras legislaciones se refieren con mu-
cha mayor nitidez a la propia libertad de enseñanza. La Constitu-
ción belga (264) no señala más límites que la comisión de delitos.
La Constitución Republicana francesa de 1.848 (265) recoge ya la
necesidad de que el Estado mediante sus leyes y vigilancia contro-
le las condiciones de capacidad y moralidad de los que ejercitan
este derecho.

La fórmula española (que es la propia de una orientación po-
lítica que acaba de triunfar mediante una revolución, y que es cons-
ciente de la importancia de la educación en la regeneración políti-
ca del país) se muestra preocupada no sólo por las labores de vi-
gilancia de la Administración, en un plano más restringido de la
higiene y moralidad, sino que también, aunque no se refleja en el
texto, existe subyacente una preocupación por las condiciones de
capacidad para los enseñantes. Estas condiciones de capacidad son
aludidas en varios momentos de la discusión (266). Sin embargo, -
no se las integra en el texto. Las razones son varias:

Para los legisladores:

1) Se trata de un derecho ejercitable fundamentalmente por
las asociaciones, dada la estructura docente existente en la épo-
ca, y estas ya tiene su régimen de absoluta libertad. (267 Asocia-
ciones CASTELLS).

2) Este precepto se pone en inmediata relación con el siguiente, en el que se determina que se puede por ley señalar las condiciones de aptitud, entre las que puede encontrarse la colación de un título expedido por las autoridades españolas, para el ejercicio de determinadas actividades profesionales (268).

A lo largo de la discusión se demuestra con toda claridad - que los legisladores tienen muy clara la necesidad de hacerlo en los casos de enseñanza secundaria y universitaria. Pero ello hace que no se considere necesaria ninguna prevención adicional en este precepto.

Esta tendencia se manifiesta aún con mayor intensidad en el precepto correspondiente de la Constitución de 1.876 (269), en la que de modo expreso se hace mención a las condiciones que han de concurrir no sólo para la expedición de títulos profesionales, en general, sino las reglas a las que ha de someterse la enseñanza en los establecimientos públicos.

Todo lo que acabamos de ver, demuestra que en las Constituciones españolas del siglo XIX sólo se contempla, (y por un indudable prejuicio liberal e individualista) el problema de la libertad de apertura de centros de enseñanza. Es indudable que sensible o insensiblemente, la concepción instrumental de esta libertad está presente en la mente de todos los legisladores, sean de derechas o de izquierdas. Se trata de asegurar que cada grupo o ideología va a poder abrir sus establecimientos, para impartir allí las enseñanas

zas que se estime oportuno sin necesidad de verse en ningún caso sometido a especiales trabas o controles de vigilancia por la Administración (270). Sin embargo, aquellos grupos políticos, de uno y otro signo, no se preocupan en realidad de las auténticas facetas de la libertad de enseñanza: como son el derecho asegurado a todo ciudadano para acceder a algún tipo de instrucción y educación, y el derecho de todo enseñante, una vez demostradas sus condiciones de capacidad, para impartir con libertad sus enseñanzas.

Como sabemos ambos aspectos se recogen más o menos ampliamente en otras declaraciones extranjeras, o nacionales, como el castizo precepto sobre la instrucción primaria, ya estudiado, correspondiente a la Constitución de Cádiz. Sin embargo, en nuestra historia constitucional más amplia, esto no se da.

La libertad de enseñanza, concebida casi como una subespecie de la libertad industrial o profesional -en el sentido más instrumental de la palabra- no se reconoce, así pues, ni siquiera en nuestros textos más progresistas, y a pesar de los ejemplos a este respecto de una enorme claridad, de nuestra legislación patria o de países europeos.

10.-Libertad profesional e igualdad en el acceso a los cargos.

Existe una serie de declaraciones tradicionales en las Constituciones españolas referidas más que a la libertad, a una consagración del valor de la igualdad entre nacionales y extranjeros, para el ejercicio de actividades, industrias etc...(271), así como

de entre los españoles para el acceso a determinados cargos, para los que en el Antiguo Régimen se exigían determinadas aptitudes, sobre todo relacionadas con el nacimiento o linaje (272).

Realmente estas declaraciones tienen una amplia teoría de - antecedentes, en la ideología liberal europea que señalaban la terminación o crisis del señalado A. Régimen. Y por otro lado, tienen un indudable valor de antecedente de tantas legislaciones restric tivas del ejercicio de este derecho, en países modernos industria lizados, en los que la mano de obra excedente produce auténticos problemas.

El tono de las declaraciones en este caso es enormemente prag mático, y como su ejercicio, excepto en el caso de determinadas - profesiones, muy concretas y de acceso no sólo jurídicamente, sino también sociológicamente muy controlado, no planteaba una especial dificultad, fueron trasladándose de un texto a otro sin apenas di ficultades.

Cuando alguna de ellas surgió, lo fué en relación con alguna otra libertad o igualdad fundamentales, y generalmente el tono de las limitaciones era de tipo remisivo a la declaración de liber tad material. Así ocurre con la religión -como circunstancia que no habría de tenerse en cuenta para el ejercicio de la libertad - profesional- (273) o los títulos de nobleza- a los que expresamente se hace referencia en las llamadas por este trabajo Constitucio nes democráticas (274), o las condiciones especiales exigidas para el desempeño de cargos de autoridad o jurisdicción -para las que

se requiere la circunstancia de nacionalidad (275).

Enmarcado en este principio general, resulta de una enorme - ingenuidad -cuando ya habían fenecido los viejos años de la idealidad liberal europea- la declaración de la Constitución canovista declarando que "Cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le parezca " art. 12. Sobre todo cuando en los párrafos siguientes, como ya hemos subrayado, se plantean de modo taxativo las condiciones y modos de acceder a la enseñanza o a la obtención de los títulos profesionales, con la inevitable remisión a las leyes ordinarias que determinen estos extremos.

Por último habremos de señalar que con otro de los supuestos a que se refiere este apartado; la igualdad entre nacional y extranjero -con la excepción indicada de los cargos de autoridad o jurisdicción- la legislación española, y no sólo la constitucional se mostró siempre muy generosa, en la atribución del derecho de ejercitar esta igualdad.

11.-Libertad de salida al extranjero.

He aquí un texto absolutamente original de nuestra Constitución de 1.869, no sólo en su declaración programática, por lo demás de un enorme pragmatismo, sino también en los supuestos de gran realismo que configuran sus amplios límites (276) Precisamente llama la atención, no sólo esta novedad, sino especialmente el enorme valor que esta declaración iba a tener en el mundo del siglo XX.

El precepto, que se repite íntegramente en el proyecto federal, no es recogido, sin embargo, en la Constitución canovista, cuya Comisión de redacción no lo considera de rango constitucional, reservando su regulación a la ley ordinaria (277).

12.-Admisión general de otros derechos.

El artículo 29 de la Constitución de 1.869 y el 31 de 1.873 (278) resultan de un enorme interés. Reflejan como ningún otro la visión que de las libertades naturales y fundamentales tenían nuestros constitucionales de aquella época, introduciendo definitivamente en España el concepto jurídico de los Derechos fundamentales (279).

A lo largo de las páginas que han precedido, hemos ido examinando los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones españolas, de modo especial en el caso de las Constituciones de Bayona y Cádiz, y adoptando un método comparativo por las razones materiales ya expuestas, en los demás, textos, procurando buscar como las formulaciones atribúan en realidad a los ciudadanos particulares el ejercicio de tales libertades como derechos, como supuesto de una posible reclamación jurisdiccional.

Los resultados son muy diversos. Hemos visto que lo jurisdiccional o procesal distinguía claramente las orientaciones auténticamente democráticas, radicalmente liberales, y efectivamente reconocedoras de la dignidad de la persona humana. En la práctica la consagración de los derechos sólo era realidad cuando, junto a esa

declaración más o menos perfecta, se incluían los supuestos mínimos o las líneas maestras de la acción defensiva jurisdiccional de los ciudadanos en caso de violación de tales derechos. La alternativa que a esta nítida postura ofrecían los moderados, desconfiados de los derechos fundamentales, ha sido insistentemente la remisión de estos, a la ley ordinaria, de todos los extremos que pudieran significar concrección o mínima eficacia en el ejercicio de estos derechos.

Estas orientaciones, que hemos analizado en la práctica, fueron objeto de un amplio debate doctrinal, a que ahora tenemos ocasión de referirnos con ocasión de la discusión directa de este precepto, o indirectamente es -la propuesta general de Constitución -en la que este precepto tiene una indiscutida relevancia-.

El proyecto de Constitución realizado por la Comisión decía en su artículo 29: "Será lícito todo lo que no esté expresamente prohibido por la Constitución y las leyes" (280). La significación de esta consagración de la cláusula de admisión general de otros derechos cuya definitiva redacción asume casi a la letra la correspondiente de la Constitución americana, es necesario deducirla no tanto de su antecedente legislativo, como hace OLTRA, aunque tal antecedente habrá que tenerlo siempre ante los ojos, sino a las condiciones efectivas políticas en que se mueve la conciencia y el pensamiento de los legisladores.

El precepto tiene tres antecedentes conceptuales recordados continuamente en las discusiones: los conceptos de limitación del

Estado, derechos ilegislables y legitimación normativa jurisdiccional. Es precisamente por esto por lo que resulta de un enorme interés su análisis.

El primer concepto es claro, y su relación con el precepto tanto en su antigua, como en su definitiva redacción-y quizá en ésta con más vigor- es evidente. La novedad para la conciencia jurídico-política española está en que por primera vez se da acogida legal a un viejo sueño de las mentalidades progresistas españolas: la posibilidad de la limitación del poder legislativo. Esta aspiración se da en dos etapas: ya desde 1.837, hemos visto elevarse algunas voces denunciando la mitificación del poder legislativo, como voluntad general e irreprimible -pensamiento francés-. Se trataba en aquel caso, de limitar la discrecionalidad de las mismas Cortes -no sólo de la Administración en la elaboración de textos que recortarán los derechos fundamentales. Este pensamiento -aparece una y otra vez, como ya hemos señalado, tratando de que -tuviera no ya una consagración legal doctrinal, sino de que se reflejará en la práctica el establecimiento de los límites y garantías concretas -en su principal medida jurisdiccionales- del ejercicio de los derechos.

Cuando en las Cortes de 1.869, se plantea la discusión del art. 22 que prohíbe toda medida legal, o administrativa o ejecutiva de carácter preventivo de estos derechos (281), algo se ha conseguido en este camino. Sin embargo, tanto aquí como en el artículo 29, la idealidad de la declaración va a pretender ya, aunque no

va a conseguir la atribución de un "status" o institución jurídica que haga realidad su contenido. Como afirma DIAZ QUINTERO, "¿ha es tablecido la Constitución alguna sanción para el caso en que por alguna ley o por alguna autoridad se quebrantase algún artículo - constitucional? (282). En el apartado de los derechos jurisdiccionales estudiaremos cuáles son esos mecanismo arbitados. Hemos de adelantar sin embargo, que por lo que respecta al poder legislativo tal mecanismo no se establece de ninguna manera, ni siquiera - el simplemente penal (283), que, con notoria parquedad se arbitra para el poder ejecutivo. La declaración es por lo tanto en parte, y aún diríamos en su mayor parte, platónica.

El segundo concepto que conviene elucidar para la adecuada connotación del art. 29 es el concepto manejado por los diputados de "derechos ilegislables " (284).

Como dice OLTRA, este concepto está íntimamente relacionado con las teorías jurídico-políticas de los constitucionalistas americanos. Es evidente que todas las consideraciones que hace este autor sobre los contenidos concretos de la expresión a que nos refermos son plenamente justificadas. Pero quizá, junto a las que - establece, sería necesario añadir, y en este caso subrayar, muy - especialmente otra. Lo que los demócratas de 1.869 quieren expresar con este concepto, no es sólo una concepción abstracta de los derechos humanos, sino la concreción pragmática de un específico régimen de estos derechos. No se trata tanto de prohibir que las Camaras legislen sobre estos derechos, sino fundamentalmente de que:

- 1) Las Constituciones no dejen espacios muertos, por silencio

legal, que luego puedan ser rellenos por una acción legislativa común limitadora (285).

2) En ningún caso esta labor legisladora común de las Cámaras pueda violar los derechos consagrados constitucionalmente, así como sus garantías. Y si en algún caso esto se produce pueda existir un órgano supremo jurisdiccional que lo invalide (Cfr. la intervención de DIAZ QUINTERO y de FIGUERAS ya citadas).

De este modo, la aparente contradicción en el pensamiento de ORENSE, puesto de relieve por OLTRA (286) se soluciona. No sólo a la vista de la propia intervención de aquel diputado en la famosa sesión de 22 de abril, sino en una interpretación integradora de su pensamiento a lo largo de casi treinta años de parlamentarios y esto a pesar de lo dicho en 7 de mayo.

Hemos indicado con ello el tercer gran concepto necesario - para entender el precepto que analizamos: la legitimación constitucional para las correspondientes reclamaciones jurisdiccionales sobre esta materia.

La Constitución de 1.869 silencia este extremo. No se establece ni órgano, ni procedimiento que directa y específicamente - tienda a anular las actuaciones legislativas o administrativas - que contraríen los derechos declarados -y por lo demás con una apreciable extensión- por la Constitución. Las referencias al poder judicial se limitan en la práctica a la acción penal, acción que no alcanza al legislativo, y en parte sólo, al ejecutivo (28').

Es precisamente la Constitución de 1.873, la que, completando la larga marcha en pro de la auténtica defensa de los derechos fundamentales, va a recoger en su art. 70 (288) el órgano y las posibilidades de examen, aún no totalmente jurisdiccionales, de la legislación común y su dictámen sobre la observancia de los derechos de la personalidad humana.

La conciencia de los legisladores al formular el art. 29 es que se está produciendo una auténtica revolución política en España (MORET, etc). Efectivamente, se atribuye a los derechos fundamentales por la ley un carácter absoluto e independiente del poder político, que no habían tenido -legislativamente hablando- hasta entonces, puesto que se habían concebido en la letra de la ley, casi como una conquista de los ciudadanos, pero también como una concesión, de ineluctabilidad histórica, pero de una gran endeblez conceptual, por parte del poder real. Recordemos a este respecto, que la primera Tabla de Derechos es una petición a la Reina. La revolución se ha producido, pero como vemos es una revolución inacabada. Cuando CARRO (289) afirma que este precepto parece innecesario, puede ser que esté atendiendo a razones que no justifican totalmente su afirmación, como por ejemplo que no se trata de un principio político discutido, ya que todos lo aceptan tácitamente, pero es indudable que precisamente tiene sentido incorporar a la Constitución un principio político indiscutido. La posible crítica al precepto no debe venir por esta vía argumental, sino por aquella que pone en relación, por todo lo indicado, este precepto con el 22. En éste se protege jurisdiccionalmente sólo a los derechos consagrados en el título, en la medida y con las limitaciones señaladas.

Es más, en enmienda presentada por ORENSE, se solicita, -sin que llegue a aceptarse- una enumeración aún más pormenorizada, que limitaría más estrechamente todavía el régimen de protección contra la legalidad ordinaria preventiva (Cfr. "supra" la redacción propuesta nota 184).

13.-La suspensión de las Garantías Constitucionales (290).

Se ha ido examinando, a lo largo de este capítulo las diferentes modalidades de declaraciones normativas constitucionales, -subrayando los importantísimos matices que las diferentes familias de Constituciones españolas en el XIX introdujeron o silenciaron en sus formulaciones, y que vienen a demostrar la tesis mantenida de la relevancia que tiene el señalar los elementos jurisdiccionales como connotadores de la atribución efectiva de dercho subjetivo a lo que en principio es una manifestación de propósitos políticos.

Las diferencias de redacción, en este sentido, han sido subrayadas para poner de manifiesto la voluntad auténtica de los legisladores, en cada caso, por debajo de sus, a veces, demagógicas exposiciones, que en ocasiones encubren un claro propósito restrictivo respecto del efectivo ejercicio de estos derechos.

Pues bien resulta desconsolador apreciar, cuando llegamos al punto de la suspensión de las garantías constitucionales, que en todas las Constituciones españolas del siglo XIX, es unánime el - propósito de dejar en ellas una auténtica compuerta, más que un -

tímido portillo, a la discrecionalidad administrativa y del ejecutivo, para los casos de excepcionalidad, cuya determinación es sospechosamente ambigua. Como veremos sólo un proyecto, el de 1.873 tan valioso por tantos temas, es capaz de atar de una manera neta los supuestos de excepcionalidad, tanto de las situaciones que - puedan dar lugar a la suspensión del ejercicio de los derechos, - como de los mecanismos dentro de los cuales se pueda desarrollar la labor asimismo excepcional del Poder.

Conocemos ampliamente los supuestos ideológicos y políticos en los que se mueven los textos, que hemos llamado doctrinarios o moderados. La inicial desconfianza por el ejercicio de los derechos, y una concepción estatal demasiado próxima a los arquetipos del Antiguo Régimen pueden explicarnos los conceptos que aparecen en los preceptos constitucionales correspondientes a la suspensión de garantías. Se habla de la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias, de la suspensión temporal en todo o parte del territorio, y se determinan las garantías suspendibles. Los preceptos guardan una inconfundible semejanza con el concordante de la Constitución de Cádiz, que si entonces no dejaban de sobresalir - sobre sus coetáneos, el cambio y desarrollo de los tiempos hacen que un precepto igual a finales de siglo sea realmente regresivo, cuando además ha existido la variante más ajustada de 1.873, o cuando los preceptos de otras democracias europeas podrían sugerir mayor concreción en los supuestos.

Los antecedentes legislativos a este respecto todos los cua

les se refieren a la suspensión del "habeas corpus" como formalmente indicarán las Constituciones españolas hasta 1.869 no arguyen en favor de tales autorizaciones de suspensión, que fueron adoptados por primera y limitada vez en la Francia de Napoleon (291) y en los países de Carta otorgada. A este respecto resulta a todas luces significativo la prohibición absoluta de este tipo de suspensiones de la Constitución, que prevé la Constitución belga (292).

La adopción de estas prevenciones constitucionales no se hizo, sin embargo, sin discusión, y en varios casos -Constituciones de 1.854, 1.869 y 1.876-a parte de la ya indicada de 1.873- con notables determinaciones de las consecuencias de este tipo de medidas, aunque quedarán intactos la ambigüedad de los supuestos y los contenidos a que ya se ha hecho referencia, pero que prueban una vez más que el progreso jurídico de nuestras declaraciones políticas adviene por una mayor elucidación de los contenidos jurisdiccionales, como vamos a ver inmediatamente.

En la discusión de la Constitución de 1.837 (293) se puso de relieve -paradójicamente- que esta era una de las seguridades jurídicas mayores contra la arbitrariedad real (294). Ello es efectivamente así: en la lucha por la consolidación en España de un régimen constitucional, todo lo que suponía privar al Rey de discrecionalidad, y ajustar aunque sólo fuera en la formulación de principios, los límites de la actuación del ejecutivo, por la necesaria intervención del legislativo, era un avance. Pero ya desde el primer momento de la discusión CASTRO afirma que de nada ser

virá poner cortapisas al poder ejecutivo, si no se hace lo mismo con todos los poderes del Estado. La contestación de OLOZAGA es - bien pobre, no responde a la atinada impugnación del oponente sino con una larga disertación sobre la autolimitación del poder. Pero es que hay más, cuando otro impugnante, PASCUAL, hace uso de la pa labra contra el artículo 8º, manifiesta un presupuesto, muy extendido en aquel tiempo, y es el de inerrabilidad práctica de la voluntad general (295). Sobre este punto es sobre el que se desarrolla toda la discusión posterior: esto es, sobre si se deja o no - en libertad al ejecutivo, sin control del legislativo, para la adopción de medidas de caracter super-legislativo en estos casos. Incluso estas posibilidades se consideran como normales, y ello por boca de un político fuera de toda sospecha servil como es OLOZAGA (296).

¿A qué se debe este espíritu, que va a reproducirse en 1.845? Indudablemente al dominio efectivo de las categorías moderadas, por un lado, de las que constituye un ejemplo el párrafo de MARTINEZ DE LA ROSA sobre libertad civil (297), y a la situación política del país por otro. Tengamos en cuenta que se está legislando de - modo revolucionario en un país atravesado de parte a parte por - una guerra civil, en la que se juega no tanto una cuestión dinástica, sino la propia supervivencia del nuevo modelo político. El miedo es el que hace bajar la guardia de los progresistas. Ese - mismo miedo que de hecho les llevó en 1820-1824 a suspender varias de las garantías. El mismo miedo que cuarenta años más tarde llevará a la flamante Primera República española a adoptar medidas de

fuerte caracter represivo, por muy liberales que fueran sus planteamientos.

En 1.845, la situación es también de gran inseguridad, sólo que entonces esta inseguridad es proporcionalmente menor y el miedo, absolutamente manipulado e interesado que se maneja como justificación del precepto es bastante menos justificado. No es tanto el miedo de la guerra, sino el miedo del cambio lo que hace adoptar la misma fórmula, ambigua, abstracta e idealista, cuya de conexión con la realidad sobresale aún más que en la Constitución anterior (298). Hay otro signo de esto, y es que en la discusión del artículo 8^o, se pretende por algunos (el inefable PERPIÑA) que se suprima paladinamente, "puesto que esta previsión está ya contenida en el artículo 7^o (sobre inviolabilidad) al hacerse en él una referencia a su ejercicio según las leyes". A tales extremos de inseguridad jurídica llegaba el concepto de remisión a las leyes ordinarias en los moderados más pacatos. La previsión de este supuesto se solicita desaparezca de la Constitución en la misma sesión por otro diputado (FERREIRA CAAMAÑO) porque va a ser necesario que los Gobiernos lo violen continuamente, pues ya se sabe que los Gobiernos representativos "son más bulliciosos que los absolutos" (299). Basten estos dos curiosos botones de muestra de todo un espíritu, materializado más tarde en la constante violación de la Constitución, de sus garantías fundamentales, y del propio art. 8, tal y como preveía FERREIRA.

La Constitución de 1.856, introduce, haciendo buena la opi-

nión que acerca de ella se mantiene en este trabajo, en nuevo párrafo, sobre los contenidos que nunca podrá comportar la suspensión de garantías, y es la prohibición en todo caso de extrañamiento, deportación, y destierro para los españoles (300). Los supuestos y mecanismos de proclamación de los estados excepcionales son, de todas formas los mismos. Ya aparecen, en todo caso, tímidos esbozos de que tal precepto y las prevenciones en el contenidas se supriman. Se trata de una enmienda firmada por el tantas veces citado ORENSE (301), que sin embargo es tachada mayoritariamente de idealista y poco atenta a las necesidades reales de la política española.

El mismo espíritu preside el artículo 31 de la Constitución de 1.869 (302), que en todo caso supone un indudable avance en la legislación constitucional. En él, no sólo se establecen taxativamente qué tipos de garantías pueden ser objeto de la suspensión, acogiéndose además a la prohibición absoluta de extrañar, deportar o desterrar a más de 250 Kms. de su residencia -se admite a "sen su contrario" al destierro a menor distancia- sino que se concreta la vigencia en todo caso del principio de legalidad, y la necesidad por tanto de que la ley que regule estos estados sea anterior al mismo destierro y que por parte de los jefes militares no se establezca otra penalidad que la determinada por la ley.

Las discusiones sobre este artículo son encarnizadas (303). Nuevamente los demócratas vuelven sobre la necesidad de suprimir esta posibilidad, en varias enmiendas, alguna de las cuales repite

literalmente el precepto belga de que hemos hecho mención. En su defensa los enmendantes hacen una curiosa alusión a posibles transacciones realizadas por los grupos más progresistas con los unio-nistas o los moderados (304). La respuesta global de MORET niega estas transacciones, y señala que por mucho que en varias consti-tuciones no se haga referencia a esta posible suspensión (como la de los EE.UU.) o se prohíba expresamente (como la belga), la reali-dad es que directamente se arbitran sistemas en que el recurso a la fuerza significa la decadencia temporal y con limitaciones de esos derechos. El problema en España no es sino que los progresis-tas han de legislar para cuando no sean ellos los que ocupen el - poder, sino quienes no estiman con tanta altura de miras las li-bertades fundamentales.

Los esfuerzos de los demócratas, al verse rechazadas estas enmiendas, se dirigen entonces a propugnar una serie de incisos que doten de una cierta garantía jurídica a estas situaciones, por mi-nima que sea. Se dirige a establecer que los estados de excepción sólo se proclamen en caso de guerra, y a que la discrecionalidad militar en procedimientos y sanciones en esos casos se someta a la ley. El primer supuesto no es admitido, aunque veremos que opera cinco años después. El segundo se recoge no literalmente puesto - que se suprime la inconstitucionalidad de los procedimientos milita-res específicos. Lo que nos extraña sin embargo es comprobar que no existe ningún esfuerzo por limitar los mecanismos de prodama-ción del estado excepcional. La inmediata sumisión de aquellas medidas por parte del Gobierno a las Cortes, en el caso de que éstas no -

estén reunidas, no se plantea de modo frontal en forma de enmienda, aunque a ello sí se hace referencia por diputados como FIGUERAS o SALMERON en la discusión global sobre la Constitución.

La Constitución de 1.873 es paradójicamente mas represiva - por su sumisión incondicionada a la potestad militar. Los estados de excepción que puedan ocasionar la modificación del ejercicio - de los derechos fundamentales:

1) Han de ser dictados exclusivamente por el Poder legislativo federal, porque solo vendrán ocasionados por un estado de guerra exterior o civil, cuya declaración es facultad reservada a tal poder.

2) No se establece constitucionalmente que ello comporte la suspensión de las garantías públicas, sino la vigencia en aquellos territorios donde se de tal estado de las leyes militares.

3) En todo caso, no se podrá establecer otra pena que la prevista expresamente por la ley.

4) Forma parte de la doctrina general de los derechos garantizados por la constitución la imposibilidad de extrañar, desterrar o deportar (305).

Por último, en la Constitución de 1.876, y quizá previendo lo contrario de lo que suponía MORET, esto es, que quienes ocuparan

el poder fueran más radicales que los redactores, se establecen - los mecanismos de relación entre el Gobierno y las Cortes para el caso de declaración de suspensión de las garantías en caso de que las Cámaras no estén reunidas (306).

Del repaso que hemos dado a todos estos preceptos podemos - deducir que la suspensión significa una privación auténtica de ga rantías sin posibilidad de ejercicio para los particulares de me- dios jurisdiccionales que puedan oponer con éxito a tales declara- ciones. El concepto de suspensión, que tiene una clara entidad po- lítica, debe tener en cuenta dos extremos: ha de utilizar los me- dios jurídicos adecuados a la situación, pero también, y por afec- tar a la libertad, debe respetar la "dignidad" personal del prote- gido.

Tanto es así que en la mentalidad de alguno de nuestros po- líticos constituyentes existe la convicción de que no es necesario establecer estos mecanismos de defensa, instrumentados a base de posibles acciones contra quienes, al amparo de tales prevenciones extraordinarias, violen derechos. El infatigable ORENSE presentó - en 1.869, y como consecuencia de su solicitud de prohibición cons- titucional de tales suspensiones, la posibilidad de accionar ju- risdiccionalmente contra el funcionario público que contraviniera esta prohibición. Lo que ocurre es que esta posibilidad de acción perfectamente compatible con el artículo que comentamos no se con- servó como enmienda independiente una vez rechazada la que consti- tuya el soporte lógico a los ojos de los enmendantes. Así podemos

concluir que en la historia constitucional española no se concede acción jurisdiccional en los casos de violación de los derechos - fundamentales con ocasión de la suspensión de algunos de ellos, y en previsión de que tal suspensión no sea justificada, o no se - aplique con corrección.

B.-Los Derechos jurisdiccionales.

Al analizar este tipo de derechos en las Constituciones de los comienzos del siglo XIX, fué necesario hacer la salvedad de - que incluíamos dentro del epígrafe aquellos derechos materiales que, sobre todo en Cádiz, venían regulados constitucionalmente entre - los preceptos correspondientes a las normas fundamentales de procedimiento del poder judicial, aunque en la realidad alguno de los derechos allí reseñados constituyeran supuestos que universalmente fueron luego admitidos dentro de la rúbrica de los derechos materiales.

Dada la estructura de los textos que ahora nos toca examinar, no es necesario ya este artificio metodológico. La unificación de las tablas de derechos habitual en nuestra historia política, ya incluso desde los proyectos anteriores a 1.837, nos permite hacer la correcta distinción entre derechos materiales y derechos jurisdiccionales que ya hemos aplicado.

No quiere esto decir que no tengamos que acudir en algunos casos, para mayor esclarecimiento de todas las garantías jurisdiccionales, a los correspondientes Títulos de las Constituciones -

que tratan el Poder Judicial. Pero, como veremos, se tratará exclusivamente de aspectos procesales conexos con la libertad fundamental de las personas, recogidos bajo dichas rúbricas por imperativo de la propia materia que se regula.

Vamos a conservar asimismo la misma estructura expositiva - en lo que se refiere a la división de los textos constitucionales en dos grandes modelos, aunque quizá sin necesidad de hacer epígrafes independientes para cada modelo, una vez establecido, con ocasión del análisis de la primera de las libertades fundamentales materiales, la clara distinción entre ambos.

1.-Unidad de fuero y de legislación.

La unificación de estas dos instituciones jurídicas parecería a primera vista una simple medida técnico-jurídica impuesta por las circunstancias de los tiempos y ello desde puntos de vista más económicos y sociales que políticos.

La realidad es que junto a la ventaja técnica que pueden suponer la unificación de fueros y legislación, se encuentra la indudable cualidad de ser uno de los puntos que, no sólo en España, sino también en países europeos, formaban parte de las plataformas ideológicas de los impulsores del Nuevo Régimen (307).

Se trata de la consagración de la igualdad en un terreno de gran relevancia, para la vida de los ciudadanos. La larga discusión sobre el tema, en la Constitución de 1978 es un reflejo de ello.

Ya entonces, la igualdad se trata de imponer en dos frentes: en el de los fueros, que significa el más importante origen de las desigualdades jurídicas, así como en el terreno de los derechos particulares de determinadas regiones, que se trata de hacer desaparecer, más por razones de eficacia estatal, y de una concreta filosofía sobre el hombre y la sociedad, que por imperativos de la igualdad.

Resulta de lo más interesante que la doctrina general constitucional decimonónica española pueda resumirse en los siguientes puntos comunes a todos los textos:

1) Existe un propósito de unificación legislativa en torno al fenómeno de la Codificación (308), al que se suma con vigor el sector progresista español, y por su eficacia práctica también lo hace bien pronto, el sector más moderado (309).

2) Son precisamente los demócratas de 1.869 los que aceptan la posibilidad legislativa de especialidades jurídicas dentro del marco de una sistemática legal común.

3) La unidad de fuero, primero aspiración progresista, pero impugnada por los moderados -como lo demuestra la supresión de este párrafo en la Constitución de 1.845-, y finalmente recogida por esta doctrina en la de 1.876, coexiste en la práctica con dos fueros especiales: el militar y el eclesiástico. La Constitución de Cádiz, al reconocerlo, resultaba, como en tantos casos, más realis

ta, y por consiguiente hace sospechar a los que la estudiamos desde fuera, que por constatar con más agudeza las concesiones que - hubo de hacerse a determinados sectores del pensamiento español, tenía más claro dónde estaban los auténticos problemas, que exigían una respuesta, en este punto de política legislativa, así como en otros muchos.

El art. 4 de las Constituciones de 1.837, 1.845 y 1.854 (310), recogen el propósito de unificación legislativa en los tres casos, sin referencia a especialidad ninguna. La segunda, sin embargo, silencia la unificación de fueros que formulan las otras dos. En 1.837 la discusión no plantea temas de interés: sin embargo, resulta curioso que en 1.845, en que se silencia la doctrina sobre los fueros, aunque formalmente se plantea por la Comisión que ello es en virtud de que no se considera constitucional esta mención, en el fondo se encierra un paladino designio de mantener e incluso desarrollar la multiplicidad de fueros, como muestra la discusión entre PACHECO y NOCEDAL, que en su disputa parecen alancear fantasmas, pero que en realidad están fijando el auténtico sentido del precepto, y de la política legislativa de cada facción política.

A partir de 1.864, se produce en España un auténtico empuje contra el fuero militar, al tiempo que, por las especiales circunstancias de guerra, aparece también, y paralelamente, una creciente tendencia a aplicar las disposiciones penales y procesales militares a los civiles, en atención a circunstancias concurrentes. Por ello en la discusión de esta ley, tiene que ser el propio Q'DO

NELL (311) quien se encargue de la defensa del fuero militar, que es aceptado, pero sin incluirlo en la constitución.

En las constituciones de 1.869 y 1.876 los preceptos concordantes sobre la materia, el 91 y el 75 respectivamente son exactamente iguales (312). La árdua polémica sobre el fuero militar es la que polariza sin duda los aspectos más políticos de la discusión porque, y esto es importante señalarlo, la cuestión de las especialidades forales, sobre todo a partir de 1.876 va a constituir una posesión pacífica de la política legislativa española, como - se ve en la diversa actitud ante la Codificación civil, respecto del tipo de trabajo y resultado legislativo de GARCIA GOYENA.

Resulta por lo demás muy significativo que la Constitución de 1.873 no recoja entre sus supuestos jurisdiccionales o de política legislativa este precepto, debido sin duda a que sus contenidos está contemplados desde otras perspectivas en diversos artículos. La Constitución federal supone que van a existir Códigos generales en todo el Territorio nacional, pues su elaboración es facultad de los Poderes públicos de la Federación, no sólo en cuanto a su promulgación, sino en cuanto a su exigencia, por el Poder Judicial de la misma Federación. Por lo que se refiere a los fueros, el problema del eclesiástico, está solucionado, pues el Estado no reconoce ninguna religión o culto por personalidad jurídica pública; y en cuanto al militar, y sobre todo a la espinosa cuestión - de su aplicabilidad a civiles, la misma Constitución establece que en determinados casos éste debe hacerse, pero limita con toda exactitud cuáles serán esos casos, según hemos visto.

En todo caso, los aspectos jurisdiccionales de este tipo de precepto, que consisten más bien en compromisos de política legislativa, se limitan, en lo que a las reclamaciones de particulares puedan contener, a la posibilidad de que los justiciables puedan exigir la aplicación de normas y fuero civil, cuando por el poder se pretenda someterlos a la disciplina jurisdiccional legal y procesal de orden militar. Se trata de los conocidos casos decimonónicos españoles de los supuestos de desafuero, expresión cuya carga semántica actual, refleja el resultado práctico de tales instituciones para la seguridad de las personas.

Los compendios jurídicos está llenos de referencias a estos temas, y las colecciones jurisprudenciales se llenan de casos relativos a reclamaciones de este tipo. Por ello hemos de subrayar que lo que aparece, "prima facie", como enunciación programática legislativa, se convirtió en un punto objeto del ejercicio de facultades relacionadas directamente con el proceso. Su exámen, sin embargo, excede de los límites necesariamente impuestos a este trabajo.

Por ahora bástenos indicar estas precisiones referidas a los contenidos constitucionales y a los posibles derechos subjetivos subyacentes en aquellas declaraciones.

2.-Derecho al Juez predeterminado y principio de legalidad.

Estos principios son una constante en el Derecho constitucional español, y sus precedentes son tan amplios como innecesaria su explicitación.

Los arts. 9 de las Constituciones de 1.837 y 1.845, el 10 de 1.856, el 11 de 1.869, el 13 de 1.873, y el 16 de 1.876 reflejan unánimemente, y casi con las mismas palabras estas dos garantías fundamentales del justiciable (313).

Hay además una característica general en la discusión de to dos estos artículos de los diversos textos: que no se menciona en ellos nada que pueda ser de verdadero interés, o su aprobación se produce sin casi discusión.

Existe, sin embargo, una cuestión repetida, como hemos visto en otros casos y expuesta en la única intervención de alguna importancia sobre el tema, la de GARCIA BLANCO en 1.837 (314), que se pone de relieve así: en esta declaración ¿se indica algo dispositivo?. La pregunta oratoriamente planteada contiene dentro de sí la cuestión tantas veces planteada en este trabajo: ¿qué garantía jurisdiccional se concede a los particulares en caso de su incumplimiento? La respuesta de OLOZAGA, en esa misma sesión, nos orienta sobre su global contestación. El político progresista -que como vemos sostuvo mejor que nadie la causa de los moderados en 1.837 por las razones de un consenso o pacto- afirma que efectivamente en el precepto se dispone algo dirigido al legislativo, para que cuando se establezcan las leyes procesales se atienda a este prindipio. La realidad fué que tal legislación rituaría contuvo indefectiblemente este principio, por lo que no fué en realidad necesario utilizar ningún instrumento para contrastar una ley contradictoria de tal precepto. Pero, ¿y si ello no hubiera sido así?.

La contestación es muy clara: hubiera podido atenderse a su anulación. Excepción a ello, es como sabemos la Constitución de 1.873, pero el Tribunal Constitucional, o visos de tal sistema, en una - justicia difusa no existe en nuestra Patria.

Se trata, pues, en definitiva, de un derecho jurisdiccional, que en la concreta forma en la que se reconoce en las Constituciones, excepto en el proyecto de 1.873, no pueden calificarse con - tal substantivo, sino con el más limitado, desde nuestro punto de vista de principio o propósito de política legislativa, de acuerdo con la dignidad de la persona humana. El precepto es valioso - sin duda, pero no declara derechos.

3.-Prohibición constitucional de determinadas penas.

La abolición de determinadas penas, que paladinamente se - afrontaron en la Constitución de 1.812, como ya hemos visto, constituye uno de los puntos fundamentales de los ideólogos del nuevo régimen, en Francia y en otros países. Las penas de tormento, de castigos infamantes, de trascendencia de la pena a sujetos no inculcados, o de esclavitud fueron banderas de la nueva organización de los sistemas penales, y adquirieron carta de naturaleza constitucional en varios textos fundamentales.

Este tipo de penas no fueron objeto de análisis normativo por las constituciones españolas posteriores a 1.830, y sólo la de esclavitud, más que como pena como situación infamante en general para todo tipo de personas, fueran o no nacionales, y la de muerte

constituyeron, o bien enmiendas cuya introducción se solicitó en textos que gozaron de vigencia efectiva (315), o se incluyeron - como normas, algunas de ellas con concretas limitaciones en los - dos proyectos llamados "non natos"-1.856 y 1.873.

Por otro lado, los textos constitucionales recogieron, en - torno a las penas algunos preceptos prohibitivos, el de confisca- ción de bienes -dentro de la prohibición general de esta medida - para toda autoridad- y la prevención de que por ninguna autoridad pudiera imponerse pena superior a la autorizada -principio de lega lidad de la pena- o autorizarse la imposición por autoridad no ju dicial de penas determinadas. A estos últimos supuestos hemos he- cho mención al tratar de cuestiones relacionadas con libertades o derechos materiales.

Estudiemos ahora los aspectos más importantes de esta legis lación constitucional.

La pena de tortura y las infamantes no se recogen en los Códigos políticos ya desde 1.837. No se han referido a ellos ningun o de los proyectos anteriores a él, que han sido objeto de nuestro análisis. Tampoco los antecedentes europeos o norteamericano los recogen. En realidad esta prohibición se ha hecho carne-social y nunca más se volverá a regular, en el XIX. ¿Supone esto que no se producen torturas y trata infamante, sobre todo en instancias inme diatamente anteriores a las judiciales en la determinación de los delitos?. La Historia nos indica que no. La inclusión de figuras

delictivas a este respecto en los Códigos penales también lo indican así. Lo que ocurre es que casi por vergüenza ideológica, el texto Constitucional de 1.837 no recoge tal precepto y a su sombra, y aunque con planteamientos doctrinales muy diferentes, tampoco lo hacen los de 1.856 y 1.845. Los textos de 1.869 y 1.873, con una práctica penal ya vigente en que se ha abolido estos sistemas penales, alguno de los cuales, aún sobrevivía en el Código de 1.820, no consideran necesario hacer mención especial de ello, sin que conozcamos en concreto ninguna razón doctrinal expresa justificativa de tal silencio.

4.-Exigencias de los actos judiciales que suspenden garantías fundamentales.

Hemos examinado con anterioridad los supuestos, no solo de suspensión general de determinadas garantías, sino también de limitación por razones establecidas en que podía limitarse el ejercicio de los derechos fundamentales, especialmente referidos a la inviolabilidad de la persona y de su ámbito de libertad. Hemos constatado que eran las constituciones democráticas las que establecían estos supuestos, precisamente por concebir de un modo más ajustado tales derechos.

Pues bien, nos toca indicar aquí los supuestos procesales de tales medidas de limitación del ejercicio de los derechos.

De característica fundamental de la actuación judicial que ordene la prisión, registro de morada o de detención de la corres-

pondencia (art. 8 de 1.869 y art. 10 de la de 1.873) señala en primer lugar que ello debe revestir la forma de auto, emitido por - Juez competente y debe ser motivado. Estas prevenciones son reco- gidas también por la Constitución de 1.876 con una variante funda- mental: no se exige constitucionalmente que el auto sea dictado - por Juez competente.

Sin embargo, no es ésta la mayor ~~des~~ventaja del Código políti- co canovista, puesto que este último silencia otras exigencias que ordena respetar los textos de 1.869 y 1.873, y que son que tales motivos sean declarados legítimos en el juicio correspondiente, - que se hayan cumplido los plazos determinados por la Constitución, y que en caso de que la correspondencia sea de procesado, se abra en presencia de éste.

La norma que comentamos atribuye además un derecho de acción a favor de los perjudicados por una actuación judicial no conforme a estas prevenciones, o bien porque se haya realizado detención - sin los requisitos de la actuación judicial, o bien para los su- puestos de violación por parte de la autoridad gubernativa de cual- quiera de las libertades fundamentales que no hayan respetado las condiciones impuestas por el texto constitucional, en ambos casos, se prevé una congrua indemnización.

Las garantías que se establecen son bien claras y su contra- partida de posible exigencia de justa reparación hacen de estos - textos auténticas normas atributivas de derechos ejercitables por los particulares ofendidos, completandose de este modo el caracter perfecto de la norma.

C.-Derecho de libre acceso a los Tribunales.

Hemos de reiterar aquí nuevamente cuanto se ha manifestado con ocasión del análisis de las Constituciones de Cádiz y Bayona, sobre la escasez de declaraciones de esta facultad esencial a toda persona tal y como se hace en las modernas declaraciones de de rechos.

El problema del libre acceso está íntimamente ligado aquí con el concepto de la legitimación procesal para el ejercicio de las acciones que competen a los ciudadanos. En el siglo XIX, es un su puesto jurídico, no sometido a discusión, que quien tiene el dere cho material, tiene la posibilidad de acción, en materias civiles -o privadas en general- y penales, por la misma atribución natural que concede el derecho material.

Sin embargo, esta posibilidad se reduce a estos campos, de modo que las vías jurisdiccionales relacionadas con los actos de la administración o el legislativo, han sufrido un largo y lento calvario.

La cuestión, como decimos, no planteó problemas en el siglo XIX por lo que se refiere a las actuaciones civiles o penales. No se declara en las Constituciones lo que no es puesto en duda por na die, y no se considera por ello principio político, sino cuestión jurídica -de una básica importancia- que roza con lo axiomático. Se da por supuesto el derecho, y ni siquiera existe una referencia a la posibilidad de acudir a los árbitros como facultad de los par

ticulares, de la que "a sensu contrario" hemos deducido este derecho al libre acceso en el caso de la justicia civil, en Cádiz.

Ahora, solamente se plantea la exclusividad de la facultad jurisdiccional de un modo unánime (en todas las Constituciones, a favor de los Tribunales y Juzgados, con exclusión de comisiones - especiales etc...) indicándose además que su exclusiva y excluyente misión es la jurisdiccional.

Esta concepción, sin embargo, no nos puede hacer suponer que existe propiamente lo que hoy en día han consagrado los textos de derechos sobre la posibilidad genérica de accionar ante los Tribunales por parte de los particulares, cualquiera que sea el sujeto de la violación o la materia a que ésta se refiera. El hecho de que no se discuta y se presuponga el libre acceso a los Tribunales en materia civil o penal, no arguye en favor de que los legisladores quieran consagrar este derecho como tal derecho fundamental. Sabemos que este derecho no se concede en los campos constitucional y de derecho administrativo, más que en casos muy concretos y fundamentalmente de carácter económico. Pero por otro lado existen amplios ejemplos del desarrollo de esta institución, no sólo lo indicado, sino el mismo concepto creado de la acción pública, construido legalmente en España desde 1.811, para materias consideradas - como tributarias de un enorme respeto social - la Religión- o desarrollado en las Constituciones democráticas para supuestos de acción penal contra la violación de derechos, que nos llevan a pensar que la limitación de este acceso es conscientemente querido por los políticos, y asumido en toda su extensión.

La acción pública, con su característica atribución a cualquier ciudadano de la legitimación procesal para el ejercicio de la misma, es una conquista constitucional de los textos de 1.869 y 1.873 para los casos en que se haya producido la detención o - prisión de cualquier persona sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos en la Constitución, (arts. 12 de 1.869 y 14 de 1.873). Se establece asimismo la obligación de denuncia, sin perjuicio del ejercicio de esta acción pública, de los delitos cometidos con ocasión de los derechos consignados en el Título (art. 22 de 1.873). Por último se recoge explícitamente en la Constitución de 1.869 la acción pública contra los jueces o magistrados, por los delitos que cometieren en el ejercicio de su cargo, ampliando el establecimiento de la responsabilidad personal de aquéllos en todos los textos anteriores y posteriores a 1.869.

- (1) ARTOLA, El modelo constitucional español del siglo XIX. Fundación Juan March, Madrid, 1979, texto mimeografiado, págs. 1-5; Partidos y programas..., pág. 322, en esta obra hace una más matizada equiparación entre las Constituciones de 1.845 y 1.876, que también se defiende en esta tesis.
- (2) Es fundamental el trabajo de SANZ CID, La Constitución de Bayona, Madrid, 1922; asimismo CONARD, La Constitución de Bayonne, Lyon, 1909. Los tratados de Historia general o política se refieren raramente a este texto: lo hace LAFUENTE, el Conde de TORENO, CARR, PALACIO ATARD, etc...ARTOLA, indirectamente en Los afrancesados, Turner, Madrid, 1976 y directamente en La burguesía revolucionaria, volumen V de la Historia de España de la Ed. Alfaguara, Madrid, 1974, pág. 18. El texto es el inserto en SEVILLA: Constituciones y otras Leyes y Proyectos políticos de España, Editora Nacional, Madrid, 1.969, I, págs. 49 y ss.
- (3) Cfr. CARR: España 1.808-1.839 Ariel Barcelona 2ª ed. 1970, pág. 120; ARTOLA, La burguesía..., loc. cit., PALACIO ATARD, La España del siglo XIX, Espasa-Calpe, Madrid, 1978, pág. 54.
- (4) Cfr. ARTOLA, La burguesía... loc cit. El examen detenido, al menos de los preceptos que formulan derechos nos lo va a descubrir así.
- (5) Art. 126. "La casa de todo habitante en el territorio de España y de Indias es un asilo inviolable: no se podrá entrar en ella sino de día y para un objeto especial determinado por una ley, o por una orden que dimanase de una autoridad pública". Art. 127 "Ninguna persona residente en el territorio de España y de Indias podrá ser presa, como no sea en flagrante delito, sino en virtud de una orden legal y escrita".
Art. 128. "Para que el acto en que se manda la prisión pueda ejecutarse será necesario: 1ª Que se explique formalmente el motivo de la prisión y la ley en virtud de que se manda. 2ª Que dimanase de un empleado a quien la ley haya dado formalmente esta facultad. 3ª Que se notifique a la persona que se va a prender y se la deje copia."
Art. 129. "Un alcaide o carcelero no podrá recibir o detener a ninguna persona, sino después de haber copiado en su registro el acto en que se manda la prisión. Este acto debe ser un mandamiento dado en los términos prescritos en el artículo antecedente, o un mandato de asegurar la persona, o un decreto de acusación o una sentencia".
Art. 130. "Todo alcaide o carcelero estará obligado, sin que pueda ser dispensado por orden alguna, a presentar la persona que estuviere presa al magistrado encargado de la policía de la cárcel, siempre que por él sea requerido".
Art. 131. "No podrá negarse que vean al preso sus parientes y amigos, que se presenten con una orden de dicho magistrado, y éste estará obligado a darla, a no ser que el alcaide o carcelero manifieste orden del juez para tener al preso sin comunicación".

Art. 132. "Todos aquellos que habiendo recibido de la ley la facultad de hacer prender, manden o firmen y ejecuten la prisión de cualquiera persona, todos aquéllos, que aún en el caso de una prisión autorizada por la ley, reciban o de tengan al preso en un lugar que no esté pública y legalmente destinado a prisión, y todos los alcaldes y carceleros que contravengan a las disposiciones de los tres artículos precedentes, incurrirán en el crimen de detención arbitraria".

- (6) Es idéntica, sólo que en la versión definitiva se añaden - los incisos que hacen referencia a las Indias, que no figuraban en el anterior Proyecto. Cfr. SANZ CID, op. cit., - págs. 300-302.
- (7) Son los artículos 76 al 81, con la especialidad referida a la inviolabilidad de domicilio. En el caso español sólo puede suspenderse de día y con condiciones. En el francés, "Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation faite de l'intérieur de la maison".
- (8) Art. 133. "El tormento queda abolido; todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión, o en la detención y ejecución y no esté expresamente autorizado por la ley es un delito".
- (9) Art. 82. "Toutes rigueurs employées dans les arrestations, detentions ou exécutions, autres que celles autorisées par les lois, sont des crimes".
- (10) Cfr. SANZ CID, op. cit. pág. 302.
- (11) La regulación de la Comisión senatorial de la libertad de prensa así lo demuestra.
- (12) Cfr. La referencia a JURETSCHKE: que contiene Gomez-Reino, Aproximación histórica al Derecho de la prensa y de la imprenta en España, Instituto de Estudios Administrativos, - Madrid, 1977, pág.86.
- (13) Art. 145. "Dos años después de haberse ejecutado enteramente esta Constitución, se establecerá la libertad de imprenta. Para organizarla se publicará una ley hecha en Cortes". La redacción del artículo es pésima, y se reconocen aquí - los efectos de una falta de modelo francés de quien inspirarse para una mejor formulación.
- (14) Cfr. SANZ CID, op. cit., pág. 346. Hay un evidente tono de adulación en las alabanzas a este precepto, e incluso en - los que solicitan la supresión del plazo de carencia (GARCIA DE LA PRADA Y LLORENTE) se adivina el servilismo.
- (15) Art. 140. "Los diferentes grados o clases de nobleza actual

mente existentes, serán conservados con sus respectivas distinciones, aunque sin exención alguna de las cargas y obligaciones públicas, y sin que jamás pueda exigirse la calidad - de nobleza para los empleos civiles ni eclesiásticos, ni para los grados militares de mar y tierra. Los servicios y los talentos serán los únicos que proporcionen los ascensos".

- (16) Así el primer proyecto arts. 76 al 78.
- (17) Cfr. SANZ CID, op. cit., págs. 222 y ss.
- (18) Sobre esta materia existe un interesante trabajo de GONZALEZ DELEITO, "Aspectos procesales de la Constitución de Bayona". Rev. Der. Proc. Iberoamericano. Madrid, 1976, 4, págs. 871-879.
- (19) Cfr. SANZ CID: loc. cit.
- (20) Cfr. SANZ CID: pág. 228-229.
- (21) Art. 55. "Le Sénat par des actes intitulés senatus-consultes 2º Déclare, quand les circonstances l'exigent des départements hors de la Constitution".
- (22) Cfr. SANZ CID, op. cit., pág. 344.
- (23) Arts. 40-43.
- (24) SANZ CID., op. cit., págs. 344 y 345.
- (25) Artº. 45.a a 49.
- (26) SANZ CID., op. cit. págs. 345-346.
- (27) ARTOLA, La burguesía.., pág. 18, mantiene un juicio más benévolo para esta Carta, a la que reconoce aún un tono autoritario, sin caer en la cuenta que las declaraciones de derechos que por primera vez se formulan, tienen los recortes procesales denunciados.
- (28) CARR, op. cit., pág. 120, y nota 74, en que recoge el juicio de CONARD.
- (29) ARTOLA, Los afrancesados, págs. 63 y ss. recoge que este motivo influyó en los españoles que optaron por la solución napoleónica y que cifra en "Monarquismo,...oposición a los avances revolucionarios,...necesidad de reformas políticas y sociales...".
- (30) CARR, op. y loc. cit. expone la misma opinión por las mismas razones. Igual opinión PALACIO ATARD: op. cit. pág. 55 ARTOLA, La burguesía... pág. 19.
- (31) De él habla abundantemente Modesto LAFUENTE, Historia general de España, Montaner y Simón, Barcelona 1.880, Tomo V, pág. 87 y 88.

- (32) Se toma tanto el texto artikulado, como su extensa exposición de motivos del citado libro de SEVILLA, págs. 115 y ss.
- (33) Las posiciones favorables, entre las que hay que añadir la - de CARR o FERNANDEZ ALMAGRO, en sus diversas obras. Las posiciones contrarias dominaron la doctrina española des de 1.940, hasta el artículo de Diego SEVILLA, "La Constitu- ción española y la francesa de 1.791" en Saltabí, VII (1949) 212-234 y se reflejaron junto con las favorables en el número 126 de la Revista de Estudios políticos de nov-dic. de 1.962 encarnada en los trabajos de SUAREZ, "Sobre las raíces de las reformas de las Cortes de Cádiz", y COMELLAS, "Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1.812." Obras de este carácter - son p.e.: DIZ-LOIS: Actas de la Comisión de Constitución - (1811-1813), Inst. de Est. Políticos, Madrid, 1976 (tan valio sa por otra parte); ARRIAZU y otros, Estudios sobre las Cor- tes de Cádiz, Pamplona Universidad de Navarra, 1969.
- (34) Este es el reproche que con éxito, al parecer secular, inició el Obispo Fr. Rafael VELEZ, Apología del Trono, contradicho y replicado, coincidiendo como se puede suponer con las épo- cas absolutista, progresista y nuevamente absolutista del - reinado de Fernando VII. Reflejo explícito de aquella posición es la de SUAREZ, "Sobre las raíces..." pág. 49 y SANCHEZ-BE- LLA, "La plémica sobre las fuentes de la Constitución españo la de 1.812", IV Congreso Internacional de Historia de Améri ca V. Buenos Aires, 1966 O.W.M.DIEM, en ARRIAZU.
- (35) El establecimiento de la intervención de este curioso perso- naje en la redacción del Estatuto de Bayona y en la Constitu- ción de Cádiz es altamente significativo y rastreable en mul- titud de ejemplos que luego se expondrán. La determinación - de este punto es mérito indiscutible de DIZ-LOIS, op. cit., págs. 30 y ss.
- (36) A este tema dedica varios trabajos FERRANDO BADIA, en el nú- mero monográfico de la Rev. de Est. Políticos, citada "Vici- situdes e influencias de la Constitución de 1.812,." Págs. - 143 y ss; La Constitución Española de 1.812 en los comienzos del Risorgimento: C.S.I.C. Roma-Madrid, 1959.
- (37) FERRANDO BADIA op. cit. pág. 193 señala una causa parecida - para la influencia de la Constitución española en Europa des- pués de 1.820, dado que el otro ejemplo europeo es la carta - otorgada francesa de 1.814.
- (38) Se defiende en este trabajo la tesis de que la Constitución de 1.812 no sólo se inspiró en la primera, sino también en las siguientes, como se verá en su momento. A esta conclusión llega también, con distinta valoración Warren M. DIEM, en - "Las fuentes de la Constitución de Cádiz", dentro del traba- jo colectivo citado bajo el encabezamiento de ARRIAZU, en la nota 33.

- (39) Art. 2º "Los derechos de los españoles son la libertad, la - seguridad, la propiedad, y la igualdad".
Art. 3º. "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a la sociedad, ni ofende los derechos del otro".
Art. 4º. "La seguridad consiste en ser cada individuo protegido por la fuerza pública contra la ofensa que se haga de - su persona o de sus derechos".
Art. 5º. "La propiedad es el derecho de gozar y disponer libremente de sus bienes y del fruto de su talento, de su trabajo y de su industria".
Art. 6º. "La igualdad consiste en que no haya diferencia alguna entre los individuos que componen la Nación en el uso y goce de sus derechos".
Tomado de DIZ-LOIS, Actas, pág. 82 y ss. Estas definiciones - no son recogidas por SEOANE, El primer lenguaje constitucional español (Las Cortes de Cádiz,) Moneda y Crédito, Madrid, 1968 a pesar de su importancia como elementos de análisis de este lenguaje.
- (40) Constitución de 1.793, art. 6º. "La liberté est le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux - droits d'autrui: elle a pour principe la nature; por règle la justice; pour sauvegarde la loi; sa limite morale est dans - cette maxime: Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas - qu'il te soit fait".
Constitución de 1.795, art. 1º. "Les droits de l'homme en so - ciété sont la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété".
Art. 2º. "La liberté consiste en pouvoir faire ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui". Art. 3º. "L'égalité consiste en ce - que la loi est la même par tous, soit qu'elle protège, soit - qu'elle punisse. L'égalité n'admet aucune distinction de na - ssance, aucune hérédité de pouvoirs". Art. 4º. "La sûreté ré - sulte du concours de tous pour assurer les droits de chacun".
Art. 5º. "La propriété est le droit de jouir et de disposer - de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie".
- (41) DIZ-LOIS: Actas... págs. 165 y ss.
- (42) Hasta ahora, y llevados quizá de una "dominante" tensión crí - tica en torno a la Constitución de Cádiz, no sólo presente - en los tradicionalistas, sino incluso en sus propios defenso - res (ARTOLA, SANCHEZ-AGESTA, SEVILLA), o incluso más recien - temente MARTINEZ SOSPEDRA, La Constitución de 1.812 y el pri - mer liberalismo español, Facultad de Derecho, Valencia 1978), se había hablado de la inexistencia de una auténtica declara - ción de derechos que se recoge en el Reglamento procesal de 1.811, para evitar el enfrentamiento con los sectores más tra - dicionales de las Cortes. Sin embargo, y a ello habría que - dedicar un estudio más temático que excede a las posibilida - des de esta tesis, ésta es una razón plausible.
- (43) Esta idea, ampliamente representada en la doctrina española puede verse resumida en SANCHEZ AGESTA, Historia del consti -

tucionalismo español. Inst. Est. Políticos, Madrid, 1974, págs. 88 y ss.
Como veremos este reproche es de origen moderado, y se comenzará a formular con ocasión de la discusión de la Ley de Bases constitucionales de 1.836.

- (44) El paradigma de esta crítica se podría encontrar en DIEZ DEL CORRAL, El liberalismo doctrinario, Inst. Est. Pol. Madrid, 1973, págs. 476-477 y 480-481.
- (45) "La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen".
- (46) Recogido en SANCHEZ AGESTA: Op. cit. pág. 89.
- (47) Así la exposición de motivos refleja esta preocupación que, como veremos, va a constituir un principio de cualificación de la representación política, cuando utiliza para derogar el sistema de los brazos, más que razones de desproporcionalidad representativa, la necesidad de que la aptitud sea el criterio básico.
Este concepto de aptitud va a jugar una mala pasada en la experiencia histórica moderada, puesto que se superpondrá al de pureza representativa.
- (48) Art. 372. "Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubiere hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contraído a ella".
Art. 373 "Todo español tiene derecho a representar a las Cortes o al rey para reclamar la observancia de la Constitución".
- (49) Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, Sesión de 30 de agosto de 1811
- (50) Cfr. DIZ-LOIS, op. cit. pág. 78, que recoge la primitiva inclusión de este preceptor "El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen". Como artículo 4º del Capítulo I.
- (51) Cfr. la misma sesión que la anteriormente citada.
- (52) Remitimos al trabajo de GOMEZ REINO ya señalado.
- (53) Art. 371. "Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes".
- (54) GOMEZ-REINO, op. cit., pág. 100.

- (55) Constituciones....,pág. 97.
- (56) Las Constituciones de 1.791 y 1.793 son más taxativas y genéricas expresando la simple prohibición de la supresión de estas libertades. El texto de 1.795, art. 353 decía: "Nul ne peut être empêché de dire, écrire, imprimer et publier sa pensée. Les écrits ne peuvent être soumis à aucune censure avant leur publication. Nul ne peut être responsable de ce qu'il a écrit ou publié que dans les cas prévus par la loi".
- (57) Se puede observar estos sentimientos en las discusiones sobre el Decreto de libertad a los que se refiere GOMEZ REINO, loc. cit., y recoge TIERNO, Actas de las Cortes de Cádiz, Taurus, Madrid, 1964, págs. 19 y ss.
- (58) En la misma sesión del 30 de agosto, TERRERO solicita que se enumere "y la religión sante que profesa" como otro valor - que las leyes deben proteger. La contestación unánime (ESPIGA, CALATRAVA, Simón LOPEZ), que la religión es un deber y no un derecho, y que por tanto no es necesario hacerla figurar expresamente.
- (59) Se planteó con ocasión de la abolición de la Inquisición con la libertad de imprenta, con la supresión o mantenimiento de los fueros privilegiados, y sobre todo con ocasión de la discusión del artículo 12 que consagra la confesionalidad del Estado. Cfr. TIERNO, Actas...,passim
- (60) Sesión de 2 de septiembre de 1.811.
- (61) Aparece por otra vía el deseo de TERRERO manifestado en ocasión anterior.
- (62) Art. 366. "En todos los puebslos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles".
- (63) Se trata de un primer ejemplo de una agudeza psicológico-social muy elevada de tratar de integrar los centros ideológicos culturales, y que las "ideas-fuerza" religiosas se adapten a las nuevas circunstancias. Todo un programa de "aggiornamento" religioso, por cierto muy anterior al Concilio Vaticano II, y al esfuerzo de la "Pacem in Terris" Curioso tema éste de investigación socio-religiosa.
- (64) DIZ-LOIS, op. cit.,págs. 118-120.
- (65) DIZ-LOIS, págs. 166 y pág. 171
- (66) Sesión de 4 de octubre de 1.811
- (67) Son los más representativos los que se producen en el período

do de vigencia de la Constitución del 12 que comprende el bienio progresista. Cfr. p.e.: Sesiones de 5 de agosto de 1.820 y 11 de marzo de 1.821

- (68) Art. 172. Undécima "No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad ni imponerle por sí pena alguna. El Secretario del Despacho que firme la orden, y el juez que la ejecute se rán responsables a la Nación, y castigados como reos de atē tado contra la libertad individual. Sólo en el caso de que el bien y la seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona podrá el Rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de cuarenta y ocho horas deberá hacer la entregar a disposición del tribunal o juez competente".
- (69) Cfr. DIZ-LOIS, op. cit., págs. 137-140.
- (70) Son los artículos 291 (sobre prohibición de tomar juramento, sobre hecho propio en materias criminales) 292 (detención "in fraganti"), 293 (garantías de la prisión preventiva decretada judicialmente).
- (71) Cfr. DIZ-LOIS, op. cit. págs. 193 y ss.
- (72) Sesiones de 10 de diciembre de 1.811 y siguientes.
- (73) A él se refiere, otorgándole la importancia que merece SAN-CHEZ AGESTA, Historia, págs. 108 y ss. TIERNÓ, Actas...., I, págs. 66 y ss recoge lo más importante de esta discusión.
- (74) Art. 287. "Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de prisión."
- (75) Constitución de 1.793, art. 10. "Nul ne doit être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Tout citoyen, appelé ou saisi par l'autorité de la loi, doit obéir à l'instant; il se rend coupable par la résistance".
Constitución de 1.795, art. 222. "Nul ne peut être saisi que pour être conduit devant l'officier de police; et nul ne peut être mis en arrestation ou détenu qu'en vertu d'un mandat d'arrêt des officiers de police, ou du Directoire exécutif, dans le cas de l'article 145, ou d'une ordonnance de prise de corps, soit d'un tribunal, soit du directeur du jury d'accusation ou d'un décret d'accusation du Corps législatif, dans le cas où il lui appartient de la prononcer, ou d'un jugement de la condamnation à la prison ou détention correctionnelle". (Formulación evidentemente más laxa o peligrosa).
Constitución de 1.799, art. 77. "Pour que l'acte qui ordonne l'arrestation d'une personne puisse être exécuté, il faut: 1º Qu'il exprime formellement le motif de l'arrestation, et la loi en exécution de laquelle elle est ordonnée; 2º Qu'il émane d'un fonctionnaire à qui la loi ait donné formellement ce pouvoir; 3º Qu'il soit notifié à la personne arrêtée, et qu'il lui en soit laissée copie".

- (76) "Ningún español podrá ser preso sino por delito que merezca ser castigado con pena capital o que sea "corporis afflictiva". Art. 2º Para poder poner preso a un español debe preceder una información sumaria del hecho que deba ser castigado con pena "corporis afflictiva" o darse auto de prisión....".
- (77) Sesión de 10 de diciembre de 1.811.
- (78) La simple presentación del proyecto suscita en la sesión de 19 de abril comentarios elogiosos a la Comisión de Justicia que no son habituales en otros casos. Cfr. TIEMPO, Actas..., págs. 73 y ss.
- (79) Sesiones de 25 de abril de 1.811 y siguientes.
- (80) La presentación se realizó tal cual se expone en la nota 76.
- (81) Así se manifiestan en la sesión de 25 de abril, GAROZ, OSTOLAZA; en la del 26, HERMIDA.
- (82) La defensa corrió a cargo de OLIVEROS y ARGUELLES, en la sesión del 26.
- (83) Art. 290. "El arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado al Juez, siempre que no haya cosa que lo estorbe, para que le reciba declaración; mas si esto no pudiere verificarse se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido, y el juez le recibirá la declaración dentro de las veinticuatro horas."
- (84) El problema que más preocupa se centra en la posibilidad de que se comunique al acusado el nombre del acusador, y las razones que arguyen en favor y en contra de tal medida.
- (85) DIZ-LOIS: Actas..., págs. 193 y ss.
- (86) En este sentido el art. 222 de la Constitución de 1.795 y el 77 de la de 1.799, cfr. nota 75.
- (87) Este texto legal se utilizó públicamente no sólo en la discusión de la Constitución, como recuerda GOLFIN, en la sesión de 11 de diciembre de 1.811, sino también en la que planteó el precepto paralelo en el Reglamento, y así consta en el acta de la sesión de 12 de mayo una referencia expresa a que "...se trajeron de la Biblioteca las leyes de Partida, a petición del Sr. CALATRAVA".
- (88) Dice: "...Los casos extraordinarios por sí mismos se conocen, y no hay necesidad de prevenirlos. Las reglas deben ser para los casos regulares, por cuya razón soy del dictámen que se quiten del artículo las palabras "siempre que no haya cosa - que los estorbe"...."
- (89) Lo mantienen ANER y VILLAFANE.

- (90) Sesiones del 10 y 13 de mayo. Los textos referidos son ley 7ª, título XXIII, libro de la Nueva Recopilación; 2ª, Título XXIX, Partida 7ª; 4ª, título IV, libro 8ª de la misma Recopilación por GARCIA FERNANDEZ, en contra de la inclusión del artículo. Por el contrario, CALATRAVA afirma que estas leyes arguyen en favor de la medida y cita "además ley 8ª, tit. XXVII, libro 4ª de la Novísima; y la 9ª, tit. XXXV, libro 12 de la misma.
- (91) Cfr. prevención en nota 67. Sesiones de 6 de septiembre, 4 - de octubre, 19 de octubre de 1.820, etc...
- (92) Art. 303. "No se usará nunca del tormento ni de los apremios."
- (93) Cfr. Decreto y discusión en TIERNO, Actas..., págs. 51 y ss. "No pudiendo subsistir en vigor en el Código criminal de España ninguna ley que repugne a los sentimientos de humanidad y dulzura que son tan propios de una Nación grande y generosa, sin ofender la liberalidad y religiosidad de los principios que ha proclamado desde su feliz instalación el Congreso Nacional, pido que declaren las Cortes abolida la tortura, y - que todas las leyes que hablan de esta manera de prueba tan bárbara y cruel como falible y contraria al objeto de su promulgación queden derogadas por el decreto que al efecto expi da V.M."
- (94) Sesión de 2 de abril de 1.811
- (95) Cfr. a este propósito el manejado texto de SUAREZ DE PAZ, Praxis ecclesiasticae et secularis, cum actionum formulis et actis processum, Madrid, 1.583.
- (96) Constitución de 1.795, art. 232, "Toutes les rigueurs employées dans les arrestations, détentions ou exécutions, autres que celles prescrites par la loi, sont des crimes." Así se repite este precepto copiado literalmente en el art. 82 de la Constitución de 1.799
- (97) Art. 305 "Ninguna pena que se imponga, por cualquiera delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció".
- (98) Sesión de 13 de diciembre de 1.811
- (99) Así LARRAZABAL que propone sustituir la redacción del precepto por la más sencilla de sustituir el último inciso "..., si no que tendrá..." por el de "quedando abolida la pena de infamia". Esta posición tiene la finalidad que a continuación se expone en el texto.
- (100) Art. 306. "No podrá ser allanada la casa de ningún español sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado".

- (101) "Aucun agent de la force publique ne peut entrer dans la maison d'un citoyen, si ce n'est pour l'exécution des mandements de police et de justice, ou dans le cas formellement prévus par la loi".
Esta redacción no constitucionaliza la inviolabilidad del domicilio frente a los particulares como hace el texto español, a inspiración de los siguientes textos franceses.
- (102) La Constitución de 1.793 no recoge esta garantía. Constitución de 1.795 art. 359. "La maison de chaque citoyen est un asile inviolable: pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation, ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison. Pendant le jour, on peut y exécuter les ordres des autorités constituées. Aucune visite domiciliaire ne peut y avoir lieu qu'en vertu d'une loi, et pour la personne et l'objet expressément désigné dans l'acte qui ordonne la visite". Cfr. nota. 7.
La Constitución de 1.799, suprime el último inciso y sustituye el anterior por: "Pendant le jour, on peut y entrer pour un objet spécial déterminé ou par une loi, ou par un ordre émané d'une autorité publique".
- (103) Cfr. DIZ-LOIS, op. cit., pág. 195.
- (104) Sesión de 13 de diciembre de 1.811.
- (105) Cfr. num. 71 de tal texto recogido en DIZ-LOIS, El Manifiesto..., pág. 231.
- (106) Art. 308. "Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la Monarquía o en parte de ella, la suspensión de alguna de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado".
- (107) En el mismo sentido la excelente obra, tan citada más abajo, de CRUZ VILLALON, El Estado de sitio y la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, págs. 258 y ss. que señala la inspiración inglesa del precepto. Leyes - PITT, 1791-1808.
- (108) Sesión de 13 de diciembre de 1.811: se plantea una discusión entre ALONSO Y LOPEZ -en contra de esta medida, a pesar de lo ocurrido en Inglaterra- y ARGÜELLES -a favor, precisamente por el buen resultado de aquella medida inglesa.
- (109) El artículo decía: "Dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution..." No es el primer caso de suspensión de garantías en Francia: así el art. 145 de la Constitución de 1.795 la prevenía para que suspendieran las garantías -no de modo genérico, sino personalmente con los sospechosos de conspiración.

Aunque CRUZ no defiende esta inspiración, pues simplemente la silencia, está muy clara para una simple lectura. Lo que ocurría es que en Cádiz era más político alegar antecedentes legales propios de Potencias aliadas que de la Potencia enemiga.

Sin embargo es presumible que RANZ ROMANILLOS conociera la versión francesa de esta disciplina, más que la inglesa.

- (110) El Manifiesto se ha actualizado recientemente por DIZ-LOIS, en la obra citada El Manifiesto de 1.814, ya citado así, como por WILHELM. En ambos trabajos se acentúa el tono liberalizador, pero - que trata de recoger los supuestos ideológicos de figuras - tan sobresalientes de la doctrina política como son MARTINEZ MARINA, CAMPANY, BOSSUET y JOVELLANOS. Se trata en ellos de poner de relieve la tesis iniciada por SUAREZ, "La formación de la doctrina política del carlismo" Rev. Est. Pol. Madrid 1.946, págs. 43-83, de que el Manifiesto tiene un tono renovador y un propósito de restaurar los principios tradicionales de la Monarquía española de carácter anti-borbónico.
- (111) Se recogen en la obra de SEVILLA, Constituciones... págs. - 219 y ss, 241 y ss.
- (112) Recogida la influencia en la obra de DIZ-LOIS, El Manifiesto ... págs. 166 a 174, en las que se indica además que la actuación política de Fernando VII se separó posteriormente en - los hechos de los supuestos ideológicos de ese documento, - constituyendo "posiblemente el motivo de la separación de - los reformadores realistas de todas las actividades políticas del exilio y posteriormente, de su actitud durante la - última década del reinado". El problema estriba en que no es posible considerar desligados a los supuestos ideológicos del Manifiesto de la responsabilidad ideológica de la política de Fernando VII, hecha posible precisamente en base a estos supuestos. La experiencia de la política del mini-Estado carlista, que es la que se pretende hacer aparecer como continuadora auténtica del Manifiesto, resulta sospechosamente parecida a la de Fernando VII. Los reformadores se apartaron de Fernando VII por - cuestiones dinásticas y quizá por que en su última etapa se adivinaban los supuestos liberalizadores que se analizarán mas abajo.
- (113) "Yo trataré con sus Procuradores de España y de las Indias; y en Cortes legítimamente congregadas, compuestas de unos y otros lo más pronto que restablecido el orden y los buenos usos en que ha vivido la Nación, y con su acuerdo he establecido los Reyes mis Augustos predecesores, las pudiere juntar ;...desde luego se pondrá mano en arreglar y preparar lo que parezca mejor para la reunión de esas Cortes...La libertad y seguridad individual y real quedarán firmemente aseguradas por medio de Leyes que, afianzando la pública tranquilidad y orden, dejen a todos la saludable libertad...De esta

libertad justa gozarán también todos, para comunicar por medio de la Imprenta sus ideas y pensamientos, dentro, a saber, de aquellos límites que la sana razón soberana e independiente prescribe a todos, para que no degeneren en licencia;...." Cfr. SEVILLA, op. cit., págs. 22 y 223.

(114) Las siete medidas son:

- "continúen las Justicias ordinarias... los Jueces de letras, Audiencias e Intendentes y demás Tribunales de Justicia.
- "los Ayuntamientos de los Pueblos según al presente están.
- "cesación de las sesiones de las Cortes.
- "recogida y depósito sellado de sus actas.
- "traslado de sus libros a la Biblioteca Real.
- "Cualquiera que trate de impedir la ejecución de esta parte de mi Real Decreto, de cualquier modo que lo haga, igualmente lo declaro reo de lesa majestad, y que como a tal - se le imponga la pena de la vida.
- "cesará en todos los Juzgados del Reino el procedimiento en cualquier causa que se halle pendiente por infracción de la Constitución. Y los que por tal causa se hallen presossean inmediatamente puestos en libertad.

Cfr. SEVILLA, op. cit., págs. 224.

(115) Recogido por SEVILLA, en loc. cit.

Los dos artículos dispositivos reproducen exactamente los dos incisos del texto.

(116) Los intentos de rehabilitar la práctica procesal de la época no han acabado de lograr su propósito. Cfr. p.e. PEGENAU TE, Represión política en el reinado de Fernando VII. Las Comisiones Militares. (1824-1825). Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, .En él, "en realidad...no parece que puedan aplicarse el calificativo de nefastos a su actuación (la de las Comisiones Militares)..." (pág. 20) puesto que en año y medio "sólo" se juzgaron a 1.094 españoles por tales Comisiones, de las que, los testimonios propios de tales Comisiones admiten que por razones "puramente políticas" eran el 53%, terminando PEGENAU TE la revalorización del período con la "desusada" razón de que estadísticamente significa que en año y medio los juzgados no fueron más que el 0,009116% de la población (sic) pág. 86. No está de ninguna manera justificado este razonamiento, ni aún contando con alguna exageración en las cifras facilitadas por los liberales.

(117) Para su estudio es fundamental el trabajo de TOMAS VILLARROYA, El Sistema político del Estatuto Real (1834-1836) Instituto de Est. Políticos, Madrid, 1968, y que, excuso es decirlo, será citado ampliamente en este trabajo.

(118) Cfr. TOMAS, op. cit. pág. 537.

(119) TOMAS, op. cit., págs. 117 y ss. estudia a fondo este significado, es especial, en el sentido defendido por la tesis en las págs. 121 y ss.

- (120) TOMAS: op. cit. págs. 537-538.
- (121) Recogida la cita de DIEZ DEL CORRAL, El liberalismo...., - págs. 509-510, y otras en el mismo sentido TOMAS, op. cit., págs. 117-118.
- (122) TOMAS, op. cit., págs. 132 y ss.
- (123) Para TOMAS, op. cit., pág. 537, la falta de una declaración es junto a otros dos elementos los que determinan las inestabilidad del sistema político del Estatuto, puesto de relieve -y en lo que se refiere a los Derechos, un mes después de su promulgación- de modo inmediato con los proyectos de adiciones, de modificaciones o de pura y simple sustitución por la Constitución de 12, que es lo que en definitiva pretende el movimiento de la Granja, que acabó con tal sistema.
- (124) La primera petición fué del DUQUE DE RIVAS, y cosa curiosa en el Estamento de Próceres, cuya negativa a tomar en consideración tal petición indicaba su oposición a tal idea, mantenida tiempo después cuando del de Procuradores surgió la efectiva petición. TOMAS, op. cit., págs. 538.
- (125) Cfr. TOMAS, loc. cit.
- (126) TOMAS, op. cit., págs. 539-541
- (127) Este aspecto no ha sido subrayado por TOMAS, ni por SEVILLA, en sus obras citadas, ni por otros historiadores, pero su examen y las intervenciones en la discusión nos lo van a revelar así. Precisamente por ello se dedica una especial extensión al análisis de este texto, que se produjo en un momento de exaltación renovadora, dentro de la que el reproche al excesivo reglamentarismo de la Constitución de Cádiz era moneda común. La auténtica mentalidad de los moderados que se va a manifestar una y otra vez a lo largo del siglo así lo denuncia en este texto.
- (128) Este propósito, que se expone asimismo en la nota anterior quizá pase desapercibido por la extraña insistencia de recoger la Tabla de Derechos en su versión inicial y no en la final. Así ocurre con SEVILLA, Constituciones... págs. 288 y ss, o con ARTOLA, Manifiestos y programas..., II, pág. 9 que toma el texto del libro de F. CABALLERO, El gobierno y las Cortes del Estatuto.
- (129) Esta inspiración no la he visto reseñada, ni por TOMAS: op. cit. pág. 541 ni por SEVILLA, Historia... pág. 136 pero la simple lectura del precepto francés así lo induce: "Leur liberté individuelle est également garantie,..." Pero es que -además como veremos, el segundo inciso, que era el tomado de la Declaración de 1.789, desaparecerá de la redacción definitiva, quedando el puro espíritu de la Carta de Luis Felipe, con el añadido moderado de remisión a la ley, que como se ve no se contiene en el texto francés.

- (130) Sesión de 2 de septiembre de 1.834.
- (131) En realidad lo que se hace es aceptar la formulación realizada por el Conde de TORENO, pero presentada por los progresistas, en proposición que encabezó Antonio GONZALEZ. Incidente bien sintomático de la dinámica de aprobación de esta Tabla.
- (132) Hay que corregir también en este caso las versiones históricas de su inspiración mantenidas hasta el presente.
Art. 8 Carta de 1.814: "Les Français ont le droit de publier et de faire imprimer leurs opinions, en se conformant aux lois qui doivent réprimer les abus de cette liberté". Art. 7 de 1.830: se sustituye desde el relativo "qui" por el inciso, "La censure ne pourra jamais être rétabli".
- (133) Sesiones de 4 y 5 de septiembre.
- (134) Sesión de 6 de septiembre.
- (135) A las atinadas observaciones de ARTOLA, La burguesía..., pág. 179, que señala en este momento histórico: período anterior a 1.837 -contrario a CARR o TOMAS VILLARROYA que los sitúa al comienzo de las guerras carlistas -habría que añadir estas precisiones que hacen a la discusión de la Tabla de derechos y a sus posiciones respecto de su efectiva formulación jurisdiccional, el comienzo de tal oposición. Coincide esta tesis con el trabajo de MARICHAL, La revolución liberal y los primeros partidos políticos de España. Catedra. Madrid. 1.980, pág. 95. Igualmente JANKE, Mendizábal, y la instauración de la monarquía constitucional en España. Siglo XXI, Madrid, 1974, pág. 286.
- (136) TOMAS, op. cit. págs. 543 y 544.
- (137) Con la excepción ya señalada de TOMAS, op. cit., págs. 545 y ss.
- (138) TOMAS, op. cit. pág. 546.
- (139) A este punto nos referiremos más tarde, y veremos cómo los moderados, muy inteligentemente, pretenden en este momento una revolución interna por el cambio precisamente de las pautas jurisdiccionales, sin hacer de ello banderas políticas. La política regresiva y administrativista de NARVAEZ cortará este impulso.
- (140) Es famosa la opinión de PIRALA, Historia de la guerra civil Madrid, 1889, tomo I nota en la pág. 402 de que MARTINEZ DE LA ROSA, habría asumido el proyecto de la Isabelina de haberlo conocido.
- (141) TOMAS, op. cit., pág. 547.

- (141) bis. TOMAS, op. cit., pág. 551 y ss.
- (142) TOMAS, op. cit. pág. 551. De tales lecciones existe un amplio comentario en la interesante obra de GARRORENA MORALES, El Ateneo de Madrid, y la teoría de la Monarquía liberal - 1836-1847. Inst. Est. Pol. Madrid, 1.974, págs. 361-462, - especialmente.
- (143) En GARRORENA, op. cit., págs. 383 y ss. se demuestra el profundo conocimiento que tiene el español del autor inglés - BENTHAM, cuya posición sobre los derechos fundamentales es bien conocida, y coincidente con esta impresión que ofrece el texto de ALCALA.
- (144) Contra lo afirmado por OLTRA, La Influencia norteamericana en la Constitución Española de 1.869, Inst. Est. Adm., Madrid, 1972, pág. 111. A esta obra nos referiremos con profusión - más tarde.
- (145) Art. 5. "La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas."
- (146) Incluso entre los sectores más críticos del constitucionalismo español (COMELLAS, SUAREZ) se defienden esta tesis, cuyas referencias bibliográficas no se facilitan por abundantes y obvias.
- (147) De hecho esta Constitución estuvo vigente, con el Gobierno de ISTURIZ, desde la sublevación hasta el año siguiente. Cfr. P. JANKE, op. cit., págs. 121 y ss, MARICHAL, op. cit., págs. 220 y ss.
- (148) "Al examinar la Constitución de 1812, lo primero que se echa de ver es su volumen excesivo, que forma un singular contraste con la de otros pueblos libres, que han reducido las suyas a brevísimas páginas...Cualquier exceso en esta parte - proviene de una de dos causas que importa mucho evitar: o - de agregar a las disposiciones constitucionales otras que - no lo son o de redactarlas con profusión y redundancia, que, lejos de dar mayor claridad, oscurecen su sentido y dan lugar a peligrosas interpretaciones." Apéndice primero a acta de la sesión de 30 de noviembre de 1.836.
- (149) Cfr. en este mismo sentido MARICHAL, op. cit., pág. 137, JANKE, no estudia en ningún momento esta obra. La cercanía de "progresistas" y "moderados" se establece sobre la base doctrinal común de atender las críticas de BENTHAM a la legislación doceañista SANCHEZ AGESTA, Historia, pág. 265 y ss. - que coincide con BORRERO Estudios políticos de la organización de los partidos en España, Madrid, 1.855.

- (150) Cfr. en DIEZ DEL CORRAL, El liberalismo doctrinario cit. págs 284 y ss refleja con mucho acierto el fundamento filosófico que esta remisión. Ella se hace ante el respeto profundo que los mejores doctrinarios franceses sienten por "El hecho" - y el carácter siempre cambiante de la realidad. Así lo hace GUIZOT, en su Cours d'Histoire du gouvernement representatif
- (151) No todos los progresistas aceptan este punto de vista -del que como veremos fué abanderado OLOZAGA -sino que se levantan voces contra este peligro. Lo vamos a ver después en - los casos concretos de los artículos que se van a analizar. Como ejemplo genérico es interesante recoger la cita de F. CABALLERO, que cita MARICHAL, op. cit., pag. 143: "...por una vez que el pueblo abuse de su poder, abusan millones de veces los reyes y sus consejeros". Este autor considera que el tono conservador venía ya determinado en la ley de bases aprobada con anterioridad, y que había sido redactada por diputados de carácter moderado, - págs. 138 y 143.
- (152) La única relación con los DD.FF. y no pequeña, como se vió después, fué la referencia del art. 1 en la que se decía: - "Se suprimirá toda la parte reglamentaria y asunto que deba corresponder a los Códigos o a las leyes ordinarias". Cfr. nota 156.
- (153) Ha creído la Comisión que debía reunir todos los artículos que, esparcidos por diferentes capítulos de la Constitución (de 1.812), fijan los derechos políticos de los españoles, y establecen en las garantías de su seguridad individual - los límites que tendrán que respetar los diferentes poderes del Estado". Declaración claramente progresista, en comparación con las que en ejemplos moderados posteriores, contienen las siguientes Exposiciones de motivos, que recogen específicamente las necesidades de explicitar su "posterior" -y limitada diríamos- regulación legal ordinaria.
- (154) Así PASCUAL, sesión de 29 de Marzo cita y coteja el proyecto y la carta francesa de 1.830; SOLER, sesión anterior, habla cotejando con la constitución belga; FERNANDEZ BAEZ, sesión de 29 de Marzo, habla y coteja con la brasileña, portuguesa y estadounidense; citas que en boca de otros diputados se - reiteran en siguientes sesiones.
- (155) No puede saberse cuál es el origen de este inciso, o su modelo inspirador porque la discusión del precepto se centra como veremos a continuación en otro punto.
- (156) PASCUAL, sesión de 31 de marzo: "...porque al acabarse la - Constitución, como no estarán redactadas las leyes orgánicas que han de prescribir los casos y forma en que el español - puede ser detenido, etc. no hemos de esperar a que se redacten y promulguen para que sea real y efectiva la garantía - del ciudadano....

ARMENDARIZ, misma sesión: "Este artículo 7º que discutimos establece las garantías individuales, y el 9º que le subsigue, pone el caso de que la seguridad del Estado puede exigir la suspensión de estas mismas garantías... Estas garantías tutelares son las que creo que no pueden dispensarse jamás... bajo ningún pretexto. Por esto no me basta que se diga que una ley lo autorizará, porque no estando aplicada por los Tribunales, y faltando una defensa, no es ley justa en mi concepto".

GOMEZ ACEBO: sesión 1 de abril, "la comisión ahora ha creído que podía elegir un medio entre la generalidad del art. 4º de la Constitución de Cádiz y la demasiada extensión - que tiene su capítulo III... ¿qué garantías presenta?. Al fin el resultado será que según la bondad de las leyes así disfrutaran de alguna ventaja los españoles.... En una Constitución se debe empezar por hablar de las facultades de las Cortes; pero con máximas o principios como los que en este artículo se sientan se adelanta efectivamente muy poco... será una verdadera garantía individual si sabe todo - español que de cualquier manera con que se conciba la ley de garantías individuales o el Código de procedimientos a los ocho días...

SOLER, misma sesión: "...en decir que en las leyes se determinará... esto no me convence, porque procederán bien o abusarán y lo que se ha de procurar es impedirles que puedan abusar."

AYLLON, sesión de 2 de abril, "Mi objeto es que se consigne a aquí... porque dejando el artículo como está no habrá un precepto constitucional que sancione la libertad civil, pues que en la Constitución no se establece más que un principio abstracto, y este no ha de tener aplicación, sino en aquellos casos que las leyes permitan... el que se excluyera de la Constitución toda la parte reglamentaria; pero ni la Comisión ni las Cortes han creído que a todos los casos pueda hacerse así: precisamente en el primer artículo...

MATA VIGIL misma sesión: "aprobandos el art. 7º según se nos presenta dejaremos a las Cortes ordinarias que no pueden - mas que establecer leyes secundarias conforme a la Constitución que generalicen tanto los casos en que los españoles puedan ser detenidos, presos y allanadas sus casas, que la garantía que aquí quiere establecerse quede imaginaria".

- (157) La defensa de esta postura, como "pactada" es muy pobre y se reduce a lo indicado en el texto, más una serie de referencias al derecho comparado, y a la inexistencia de propuestas concretas en la proposición crítica (así SANCHEZ).
- (158) "No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban".
- (159) En la discusión que se produce en esta sesión entre MARTINEZ DE LA ROSA y TEJADA -este representante del partido carlista del Marqués de VILUMA- asume la responsabilidad y so

bre todo acepta los reproches en ese sentido que le dirige su oponente. En el Gobierno de NARVAEZ, convencido éste de la necesidad de una Constitución y no de una Carta otorgada, era la figura de mayor importancia.

- (160) No son en ningún caso los derechos fundamentales, que en todo caso y como veremos con la Imprenta se va a discutir por declaración "laxa". El tema central lo constituirá el Senado, y de modo menos discutido, pero no por ello menos característico: la Milicia, el juicio por jurados etc...Cfr. SEVILLA, Historia política, I, págs. 179-183, SANCHEZ AGESTA, Historia del constitucionalismo...págs. 287, con una especial referencia a las modificaciones jurisdiccionales. MEDINA MUÑOZ, "la reforma constitucional de 1.845" REP. 203, 1975.
- (161) La literatura del tiempo, o mejor, inmediatamente posterior está llena de ejemplos de estas violaciones: PEREZ GALDOS - es típico. Estrictamente contemporáneo es el escrito del inglés HUGHES, Revelations in Spain in 1.845, Londres 1.845, que cita abundantemente MARICHAL.
- (162) El tema específico de la mentalidad de CANOVAS sobre derechos fundamentales, su relación con la legalidad ordinaria y la jurisdicción en ALVAREZ CONDE, "El pensamiento político canovista" REP, 213-214, 1977: "La Constitución española de 30 de Junio de 1.876: cuestiones previas" REP, 3 de 1.978.
- (163) "Ningún español, ni extranjero, podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban. Todo detenido...". El avance sobre 1.837 y 1.845 es simplemente la introducción del inciso referente al extranjero, y que en 1.837 suscitó alguna polémica al intentar introducirse.
- (164) Se trataba de una enmienda de los constitucionalistas SAGASTA, ROMERO ORTIZ, LEON Y CASTILLO, presentada en 25 de abril de 1.876. En su defensa LINARES RIVAS, planteó el tema de legislación comparada: los sistemas de Bélgica, Dinamarca, Grecia, e Inglaterra, frente a las Cartas otorgadas de Italia, y Portugal. Asimismo hace una historia de la cláusula de remisión en nuestra legislación señalando que la tienen 1.808, 1.812 1837 (por tratarse, dice expresamente de una Constitución progresista de transacción) y 1.845, pero no las más modernas: 1.869 y 1.870. Contesta SILVELA, afirmando que no se trata de volver al despotismo, sino -y lo dice expresamente- de buscar "restricciones" a esa omnimoda libertad.
- (165) Este punto de vista está aceptado incluso por historiadores tan poco canovistas como CARR, España...págs. 338 y ss.
- (166) Ver en este sentido los textos de todas esas Constituciones impresos en paralelo en la obra de ARTOLA, El modelo cons-

titucional español, ya citado y que es el instrumento de trabajo de una famosa serie de conferencias de dicho autor en la Fundación Juan March.

Por razones de espacio excusamos su reproducción aquí.

- (167) Como veremos después, el gran avance del Tribunal de Garantías de 1.870 se desconoce por completo en la Constitución de 1.876, y no sólo eso, sino la explícita declaración jurisprudencial de que la Constitución no es norma alegable - en sentencias del T.S..
- (168) Es fundamental el libro de KIERNAN, La revolución de 1.845 en España, Aguilar: Madrid, 1970; muy interesante también - los trabajos de SEVILLA, de entre los que destacamos como mas atenido a nuestro tema "La constituyente de 1.845", - REP, 106, 1950.
- (169) Ver en KIERNAN los capítulos dedicados a "Reflujo del liberalismo" y "Aislamiento de los liberales", XIV y XVI respectivamente.
- (170) KIERNAN habla paladinamente de Contrarrevolución, pág. 257.
- (171) SEVILLA, en "Las Constituyentes..." rechaza el juicio de NIÑO y SEGALERVA (Antología de las Cortes desde 1.845 a 1.858, Madrid, 1.911 págs. 668) de que "fue la Constitución de 1.856 la madre ilustre de la Constitución de 1.869, de tan grato recuerdo para la libertad de España", señalando que la diferencia que la separa de 1.869 es mayor que de la de Cádiz. En realidad vamos a ver que el juicio puede ser en parte verdadero y en parte falso: a) la Constitución de Cádiz no está tan lejos de la de 1.869; b) tal cercanía se acrecienta - en comparación con las demás existentes en el siglo. En todo caso, aquí se dan datos que prueban esa mayor o menor indiscutible cercanía. Otro punto no ha sido suficientemente subrayado y es la defensa que en 8 de mayo se hace de la institución tradicional española de la "manifestación" por ORENSE, RIVERO y FIGUERAS entre otros.
- (172) "No puede ser detenido ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban. Los que contravinieren a esta disposición como autores o cómplices, además de las penas que se les impongan por infracción de la Constitución - serán responsables de daños y perjuicios y perderán sus empleos y todos los derechos a ellos anejos.".
- (173) Sesión de 23 de enero de 1.855.
- (174) Sesión de 5 de mayo de 1.855.
- (175) Art. 2. "Ningún español ni extranjero podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito.

Art. 3. "Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de detención.

"Toda detención se dejará sin efecto o llevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al Juez competente".

"La providencia que dictare se notificará al interesado dentro del mismo plazo".

Art. 4. "Ningún español podrá ser preso sino en virtud de mandamiento de Juez competente. El auto por el cual se haya dictado el mandamiento se ratificará o repondrá, oído el presunto reo dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de prisión".

Art. 5. "Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento salvo en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de adentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro".

"Fuera de estos casos, la entrada en el domicilio de un español o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, solo podrá decretarse por Juez competente y ejercitarse de día".

"El registro de papeles y efectos tendrá lugar siempre a presencia del interesado o de un individuo de su familia; y, en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo".

"Sin embargo, cuando un delincuente hallado "in fraganti" y perseguido por la autoridad o sus agentes se refugiare en su domicilio podrán estos penetrar en él para el solo acto de la aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, procederá requerimiento al dueño de éste".

Art. 6. "Ningún español podrá ser compelido a mudar de domicilio o de residencia sino en virtud de sentencia ejecutoria".

Art. 9. "La autoridad gubernativa que infrinja lo prescrito en los arts. 2, 3, 4, y 6 incurrirá, según los casos, en delito de detención arbitraria o de allanamiento de morada, y quedará además sujeta a la indemnización prescrita en el párrafo segundo del artículo anterior".

Art. 10. "Tendrá asimismo derecho a indemnización, regulada por el Juez, todo detenido que dentro del término señalado en el art. 3º no haya sido entregado a la autoridad judicial."

"Si el Juez dentro del término prescrito en dicho artículo, no elevare a prisión la detención, estará obligado para con el detenido a la indemnización que establece el art. 8º".

Art. 12. "Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en esta Constitución será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español."

"La ley determinará la forma de proceder sumariamente en esos casos, así como las penas personales y pecuniarias en que haya de incurrir el que ordenare, ejecutare o hiciere ejecutar la detención o prisión ilegal".

(176) Los artículos, 2, 3, 4, 5 y 6 se copian literalmente en la del 69 con un solo inciso referido a la entrada en domicilio de

español o extranjero domiciliado en España, entre cuyas causas se añade "o para ocupar militarmente el edificio, cuando lo exija la defensa del orden público". Asimismo los arts. 9, 10 y 12.

- (177) Es característica la intervención de SILVELA contestando a los reproches sobre la remisión a las leyes que le hizo ULLOA, en la que reconocía; "Es verdad, señores, que la declaración se hace con una restricción orgánica, por decirlo así, en el hecho de reconocer que han de desarrollarse por medio de leyes; pero parte esta Constitución, como no pueden menos - de partir todas las leyes humanas del principio de que han de ser aplicados o desarrollados sus principios e interpretados sus preceptos con lealtad y buena fé,..." Sesión de 20 de abril de 1.876.
- (178) La expresión "derechos ilegislables" a la que habremos de volver en varias ocasiones en este trabajo, se empleó el mismo día en que se iniciaba la discusión de la Constitución, o mejor dicho en la primera intervención al respecto, sesión de 6 de abril de 1.869, Diputado SANCHEZ RUANO.
- (179) La sesión de 8 de abril es muy significativa sobre los diferentes puntos de vista sobre el significado de las declaraciones constitucionales sobre los derechos fundamentales. Los que intervienen son además primeras figuras de los respectivos partidos: MORET, FIGUERAS y CASTELAR. El resumen de las tres intervenciones podría ser el siguiente: a) posición pro-constitucional (MORET): la declaración no es doctrinaria, puesto que hay afirmación amplia de los principios no es una declaración limitativa, sino organizativa, al estilo de las Constituciones belga y suiza; se garantiza su ejercicio al garantizar su alegabilidad ante los Tribunales. b) posición crítica radical (FIGUERAS): afirma que no es posible querer complacer a moderados y a demócratas a un tiempo, que la base del sistema liberal es la supremacía y la limitación de los derechos fundamentales; que esa limitación no significa en ningún modo posibilidad de ejercicio abusivo - contra el derecho de los otros; que el modelo de la Constitución en este punto debe ser el francés de 1.791, más que ningún otro. c) posición moderada (CASTELAR): No se puede conceder derechos de modo ilimitado, pues se ofenden otros valores; que tales valores no se agotan en el simple ejercicio del derecho por los otros, pues existen los de orden, seguridad, interés del Estado etc...: la referencia "con arreglo a las leyes" significa eso y no un deseo de reprimir.
- (180) Así lo hace, a nuestro entender, DIEZ DEL CORRAL, El liberalismo doctrinario, capítulos XII (Individualismo y libertad) y XIII (Legitimidad y Derecho)
- (181) Art. 22, Const. 1.869: "No se establecerá ni por las leyes

ni por las autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título. Tampoco podrán establecerse la censura, el depósito ni el editor responsable para los periódicos".

Art. 21, Const. 1.873, igual redacción.

- (182) Las discusiones de los arts. 2 al 5, tienen lugar en las sesiones de 15 y 19 de abril. Son interesantes las adiciones que se aceptan o rechazan a la redacción original del proyecto:

En el art. 2º se introduce en la discusión la expresión - "extranjero".

En el art. 3º, se proponen y rechazan, no por razones materiales, sino alegándose que son cuestiones de carácter procesal ordinario las siguientes, añadir "ordinario" a la mención "juez", que la prisión debe ser "previa indagatoria...": Si se admiten los incisos "puesto en libertad" y "dejará sin efecto".

En el art. 4º, también se propone y se rechaza la adición - "pero sin poderle tener incomunicado más de tres días". Por otro lado se pone de relieve la contradicción entre el contenido de este artículo y el 9, en el que se habla limitada mente de autoridad gubernativa.

En el art. 5º, se rechaza la propuesta de que no se pueda entrar en ningún domicilio sin el consentimiento de su dueño en caso alguno. Se aceptan las que se refieren a negar la suspensión de este derecho si la entrada es de noche y en todo caso por decreto de Juez ordinario.

- (183) Quizá porque la redacción de estos artículos no les parecen totalmente rechazables, para lo que puede esperarse del momento. Ver sesiones citadas y la del 7 de mayo.

- (184) Como se ve en estas sesiones, las redacciones que se proponen no son totalmente distintas, sino adiciones o modificaciones concretas a determinados puntos. Solo hay una interesante propuesta alternativa de redacción del art. 22: "Las Cortes no podrán legislar de imprenta, ni sobre el derecho de reunión pacífica, ni de asociación o manifestación públicas, ni sobre la seguridad individual, ni sobre la libertad de cultos, ni sobre la propiedad que únicamente podrá tomarse, bajo indemnización, para hacer caminos, calles, plazas, canales, ferrocarriles y acequias. Si legislaren contra derechos individuales, base de la última revolución española, los Tribunales tendrán por nulas tales leyes y tanto ellos como el Gobierno garantizarán a todos los ciudadanos el uso de dichos derechos, como superiores a la Constitución e inherentes a la persona humana". Esta curiosa enmienda, precedente ideológico de la Jurisdicción constitucional difusa es obra de ORENSE, y éste la defiende y justifica por el ejemplo americano. De esta enmienda nos habremos de ocupar con mayor atención en el último capítulo.

- (185) Como se sabe, uno de los puntos en la preparación de la Cons

titución de 1.876 fué la posición respecto a la Constitución de 1.869. El sector que se centra en CANOVAS piensa que esta Constitución está abolida de hecho y que no debe recogerse su típica regulación de los derechos fundamentales. Así desde el Manifiesto de 9 de enero de 1.876 se actualiza la idea ya expresada por CANOVAS en la anterior Constituyente de 1.869 en el sentido de que "los derechos de cada individuo no pueden por menos de estar limitados no sólo por los derechos de los demás, sino también por los del Estado, sino lo cual sería imposible la existencia de la sociedad". Cfr. ALVAREZ CONDE, "La constitución española..." cit. pág. 90.

- (186) Art. 7º En ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de auto de Juez competente podrá detenerse - una y otra correspondencia y también abrirse en presencia - del procesado la que se le dirija por el correo.
- (187) Conceptualmente el más importante es el art. 22 de la Constitución Belga: "Le secret des lettres est inviolable. La loi determine quels sont les agents responsables de la violation du secret des lettres confiées à la poste".
- (188) No podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo.
- (189) Efectivamente, no figura, tampoco en 1.876, entre las que - puedan ser suspendidas, pero en virtud de la redacción que hemos señalado, por ley puede modificarse esta disciplina.
- (190) Cfr. la redacción de los diferentes artículos en la exposición paralela de ARTOLA: El modelo..., págs. 20 y 21.
- (191) Art. 4º con indicación explícita del derecho de propiedad.
- (192) Arts. 10 de estas constituciones son idénticos con las salvedades que se indican en la del 76: "No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español (1876: nadie) será privado de su propiedad - sino (1876, inciso: por autoridad competente y) por causa - justificada de utilidad común (1876: publica) previa (1876, inciso: siempre) la correspondiente indemnización".
- (193) Se sustituye la prohibición de la confiscación de bienes por el precepto que veremos después (196), y se declara: "Nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por la intervención del interesado".
- (194) Se plantean dos críticas: la radical de SARDOAL, que descubre la regresividad de la redacción, afirmando paradójicamente que la redacción de 1.45 es mejor. Otro sector afirma di

rectamente que es más conveniente recoger la redacción de -
1.869 (NÚÑEZ DE PRADO) Sesión de 25 de abril de 1.876.

- (195) "Si no procediere este requisito (el de previa indemnización) los jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado".
- (196) "Nadie podrá ser privado temporal o perpetuamente de sus bienes y derechos, ni turbado en la posesión de ellos, sino en virtud de sentencia judicial.
"Los funcionarios públicos que bajo cualquier pretexto infrinjan esta prescripción serán personalmente responsables del daño causado.
"Quedan exceptuados de ella los casos de incendio e inundación u otros urgentes análogos, en que por la ocupación se haya de excusar un peligro al propietario o poseedor, o evitar o atenuar el mal que se temiere o hubiere sobrevenido".
- (197) Art. 11: "Nul ne peut être privé de sa propriété que pour -
cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établie par la loi, et moyennant une juste et préalable indemnité."
- (198) Const. 1.848, art. 11 "Toutes les propriétés sont inviolables. Néanmoins l'Etat peut exiger le sacrifice d'une propriété pour cause d'utilité publique légalement constatée, et -
moyennant une juste et préalable indemnité".
Art. 12 "La confiscation des biens ne pourra jamais être rétablie."
- (199) Arts. 15 y 17 de las Const. de 1869 y 1873: "Nadie está obligado a pagar contribución que no haya sido votada por las -
Cortes, o por las corporaciones populares legalmente autorizadas para imponerla, y cuya cobranza no se haga en la -
forma prescrita por la ley 2.
Art. 3º de la Const. de 1876 "Nadie está obligado a pagar -
contribución que no esté votada por las Cortes o por las corporaciones legalmente autorizadas para imponerla".
El siguiente párrafo de orden jurisdiccional sólo se recoge en los dos primeros textos.
"Todo funcionario público que intente exigir o exija el pago de una contribución sin los requisitos prescritos en este artículo incurrirá en el delito de exacción ilegal".
- (200) Nos remitimos a la excelente posición de EIRAS ROEL: El partido demócrata español, Universidad de Navarra, Pamplona -
1.961, que pone su origen en 1.849. Esta es la fecha del Manifiesto (6 de abril) en el que de una manera programática se plantea el sufragio universal como derecho.
Sus oponentes, entre los que se destaca CANOVAS, lo rechazan precisamente por no estimarlo derecho "natural" Cfr. el acertado análisis en ALVAREZ CONDE, "El pensamiento..."cit., págs. 281 y ss, mas ajustado que el que hizo en su día DIEZ DEL CORRAL, El liberalismo... págs. 657 y ss.

- (201) Ya a la ley de Bases preparada para la reforma de la Constitución se presenta una enmienda, encabezada por ORENSE (sesión de 15 de Enero de 1.855) "como bases de la Constitución los siguientes principios y libertades originarias, sin los cuales las instituciones políticas son una letra muerta, y los derechos individuales no tienen garantía:....6º Sufragio universal..."
Ya en esa ocasión CANOVAS se manifiesta en contra del sufragio universal (sesión de 30 de enero).
- (202) La ley que luego se mencionará más detenidamente de 26 de junio de 1.890, bajo el Gobierno de SAGASTA.
- (203) Son las leyes de 9 de Noviembre de 1.868 y 20 de agosto de 1.870
- (204) Arts. 16 de 1.869 y 18 de 1.873: "Ningún español que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles podrá ser privado del derecho de votar en las elecciones (hasta aquí 1.873) - de senadores diputados a Cortes, diputados provinciales y - concejales.
- (205) Cfr. resumidamente BISCARETTI DI RUFIA: Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, 1973, pág. 699.
- (206) CANOVAS y ROMERO ROBLEDÓ en la ya citada sesión de 8 de abril de 1.869 no lo afirman directamente, pero de su concepción del sufragio no como derecho, sino como función, se deriva naturalmente esta posición.
- (207) Esta distinción la hace el clérigo diputado en la sesión de 26 de abril de 1.869 al tratar la libertad religiosa llegando a decir textualmente: "No es igual tengo libertad para - esto que tengo derecho para esto..." Más técnica es la intervención de ROMERO ROBLEDÓ en 21 de abril distinguiendo entre derechos de ejercicio y derechos de protección, con régimen diverso y fundamentos también diversos. ¿No resuena aquí la distinción ya expuesta de derechos activos y derechos reaccionales? Lo que ocurre es que en la moderna distinción se habla específicamente de su igualdad de jerarquía y fundamento.
- (208) Así ROMERO ROBLEDÓ, en la anteriormente citada intervención:
- (209) La enmienda se dirige a considerar privados de este derecho a los analfabetos, que se rechaza. La misma suerte corre - otra que pretende otorgar este derecho a todos los mayores de veinte años, y a asegurar que la privación de los derechos civiles y políticos sólo pueda establecerse por sentencia - ejecutoria (Sesión de 20 de abril, in fine).
- (210) La discusión en torno al precepto así lo induce a pensar, - si no bastara el hecho de que se sitúa entre los derechos - fundamentales, y que sus críticos centran algunos de sus reproches en esta misma inserción.

- (211) Así lo hace FIGUERAS contestando a las alusiones de los críticos sobre el despotismo existente en la Francia de Napoleón III donde precisamente existe sufragio universal. Afirma que el sufragio universal no es nada si no va acompañado de otras libertades. ¿A que libertades se refiere? De modo técnico denomina así a los supuestos de garantía jurisdiccional. Efectivamente, sigue diciendo,..."Pero como en Francia todavía subsiste la ley de sospechoso; como en Francia no hay seguridad para el ciudadano:...".
- (212) REINO CARNOTA, Aproximación Histórica al derecho de la Imprenta y de la Prensa en España (1480-1966) Inst. Est. Administración, Madrid, 1977. CRUZ SEOANE, Oratoria y periodismo en la España del siglo XIX, Juan March-Castalia, Madrid, 1977. TUNON DE LARA, ELORZA, PEREZ LEDESMA, Prensa y sociedad en España 1820-1936, Edicusa, Madrid, 1975.
- (213) Real decreto de 17 de agosto de 1.836. Días antes se había producido el motín.
- (214) Así ocurre en las sesiones dedicadas a la discusión general de la ley, y en el artículo referente a la limitación reglamentaria. Sesiones de 13, 14 y 15 de diciembre de 1.836.
- (215) Art. 2º "Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura con sujeción a las leyes." La calificación de los delitos de imprenta corresponden de exclusivamente a los Jurados".
- (216) Art. 7º: "Les Français ont le droit de publier et de faire imprimer leurs opinions en se conformant aux lois. La censure ne pourra jamais être rétablie."
- (217) Es SOLER quien solicita la expresa abolición de la fianza - al estilo belga. Contestan GONZALEZ y OLOZAGA con alusiones a la falta de necesidad y sobre todo de conveniencia en establecer este inciso (Recordemos se trata de una constitución pactada: la concesión moderada era el jurado).
- (218) El artículo 2º de la Constitución es copia literal del mismo número de la de 1.837, con la supresión de el párrafo sobre los Jurados.
- (219) "Cualesquiera que sean los inconvenientes de la libertad de imprenta y el abuso que de ella se haya hecho en España, el espíritu de los tiempos y la índole de las instituciones vigentes exigen que se consagre en la ley fundamental este derecho: siendo de esperar que, calmadas algún tanto las pasiones, y mejorándose insensiblemente las costumbres públicas, se dedique la imprenta a su más noble objeto, a la enseñanza y la mejora del pueblo". (Exposición de motivos del Proyecto del Gobierno sobre reforma de la Constitución). Sesión de 18 de octubre de 1.844.

- (220) A él se refieren tanto la Exposición de motivos citada como el Dictámen de la Comisión que recoge GOMEZ-REINO, pág. 133.
- (221) Sesión de 13 y 14 de noviembre de 1.844.
- (222) Art. 13.: "Todo español tiene derecho: De emitir libremente sus ideas y opiniones, ya sea de palabra, ya por escrito, va liéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa".
- (223) Sesión de 3 de mayo de 1.855.
- (224) Sesiones de 22 y 23 de abril de 1.869. Remitimos para el estudio de las enmiendas a GOMEZ-REINO: op. cit., págs. 155 y ss.
- (225) Con ocasión de esta libertad, se expone por sus más acertados intérpretes la teoría de los "derechos ilegislables" que en su exacta versión de 1.869 procuramos exponer después.
- (226) Sesión de 15 de mayo de 1.869.
- (227) Art. 21: "Tampoco podrá establecerse la censura, el depósito ni el editor responsable".
- (228) Constituciones francesas.
Const. 1.791 Título Primero:... "La Constitution garantit pa reillement, comme droits naturels et civils:...-La liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en - satisfaisants aux lois de police...".
Const. 1.793, art. 122: "La Constitution garantit à tous les Français...le droit de se réunir.
Const. 1.848, no así la de 1.830 art. 8 Les citoyens ont le droit de s'associer, de s'assembler paisiblement...L'exercice de ces droits n'a pour limites que les droits ou la liberté d'autrui et la sécurité publique..."
Constitución belga.
Art. 19: "Les Belges ont le droit de s'assembler paisiblement et sans armes, en se conformant aux lois qui peuvent régler l'exercice de ce droit, sans néanmoins le soumettre à une autorisation préalable; Cette disposition ne s'applique point aux rassemblements en plein air, qui restent entièrement soumis aux lois de police."
- (229) Art. 17. "Tampoco podrá ser privado ningún español:...Del derecho de reunirse pacíficamente...".
- (230) La petición se hizo en ocasión semejante a la expuesta en la nota 201. En general, este derecho, el de enseñanza, el de asociación etc...constituyeron contenidos del Manifiesto de mócrata de 1.849, cfr. igualmente nota 200.
- (231) Sesiones de 23 de enero, 30 de junio y 7 de noviembre de 1.855.

- (232) Art. 18 "Toda reunión pública estará sujeta a las disposiciones generales de la policía. Las reuniones al aire libre y las manifestaciones políticas sólo podrán celebrarse de día".
- (233) Patricio de la ESCOSURA propone una larga serie de adiciones a las Bases de la Constitución entre las que se encuentra la que había de añadirse a la 1ª la que expusiera la noción de soberanía nacional, y otra que dijera: "...Son leyes fundamentales, además de la Constitución del Estado, las siguientes, a saber:...(una lista de diez, entre las que está la referida al orden público, y las reuniones y asociaciones).
- (234) Art. 23. "Las autoridades municipales pueden prohibir los espectáculos que ofendan al decoro, a las costumbres y a la decencia pública".
Art. 24. "Las reuniones al aire libre y las manifestaciones serán de día y nunca han de obstruir la vía pública ni celebrarse alrededor de los Ayuntamientos, Cortes de Estado, o Cortes de la Federación".
- (235) Art. 13. "Todo español tiene derecho:...De reunirse pacíficamente.
- (236) Sesiones de 17 y 18 de mayo de 1.876
- (237) Aunque limitado a las asociaciones obreras resulta interesante el trabajo de ALARCON CARACUEL, El Derecho de asociación obrera en España (1839-1900), Ediciones de la Revista de Trabajo, Madrid, 1975.
- (238) Nuevamente nos remitimos a las notas 200 y 201.
- (239) Art. 17. "Tampoco podrá ser privado ningún español:...Del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana - que no sean contrarios a la moral pública...".
- (240) Cfr. p.e. ROBERT, Libertés publiques, Montchrestien, Paris, 1971, o BURDEAU, Cours de Libertés publiques, Les Cours de Droit, Paris, 1958-1959,. Ambos señalan la contradicción - que significa la sañuda persecución del legislador de todo tipo de asociación, mientras que estaba prácticamente a la merced de agrupaciones sin base legal que hacían y deshacían en las asambleas y en el gobierno.
- (241) Es importante subrayar la fecha, en comparación con la historia constitucional francesa.
Art. 20: Les Belges ont le droit de s'associer; ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive".
- (242) Art. 19. "A toda asociación cuyos individuos delinquieren - por los medios que la misma les proporcione, podrá imponérsele la pena de disolución.

"La autoridad gubernativa nunca podrá suspender la asociación que delinca, sometiendo "in continenti" a los reos al Juez competente.
"Toda asociación, cuyo objeto o cuyos medios comprometa la seguridad del Estado podrá ser disuelta por una ley".

- (243) Es la intervención de BUGALLAL en sesión de 22 de abril
- (244) Son uno de los muchos puntos discutidos en las tan referidas sesiones de 6 al 8 de abril.
- (245) MORET, en la misma sesión: "Nosotros, si tuviéramos ese espíritu cauteloso, habríamos podido buscar los artículos de la Constitución suiza, en que se determina que toda asociación que falte será disuelta... Nosotros no hemos querido decir eso: ante todo, hemos creído una cosa, hemos creído que la libertad no consiste precisamente en consignar los derechos, sino en garantizar su ejercicio, en quitar del Gobierno lo arbitrario; de modo que, moviéndose con libertad, deje a los ciudadanos en su órbita, que se muevan dentro de las leyes, también libremente, y para ello hemos permitido que la autoridad intervenga." La órbita se cerró pronto: un año después.
- (246) Las más incisiva, como reconoce ALARCON, es la de SERRA CLARA: 1º: "El artículo es una limitación... si... no significan nada es inútil ponerlas, y si significan algo son enteramente perjudiciales y antiliberales." 2º. Para castigar los delitos basta el Código Penal. 3º Las sociedades o asociaciones no delinquen, se trata de un supuesto imposible o reduplicado del primer párrafo. 4º Las sociedades contra el Estado son secretas ¿no se estará tratando de hipostasiar el estado en gobierno? RODRIGUEZ SEOANE hizo un canto al cooperativismo, de un gran progresismo para aquel tiempo, a pesar de los que diga ALARCON: op. cit. pág. 140.
- (247) Lo más importante de esta intervención es que descubre los verdaderos propósitos del Gobierno. ALARCON, loc. cit.
- (248) Art. 25 "Nadie impedirá, suspenderá, ni disolverá ninguna - asociación, cuyos estatutos sean conocidos oficialmente, y cuyos individuos no contraigan obligaciones clandestinas".
- (249) Sólo se recoge el precepto general de consagración constitucional del derecho. En la discusión sólo se plantea la cuestión de las asociaciones religiosas por PIDAL, que se responde con una gran erudición por ALONSO MARTINEZ.
- (250) 1.837: Art. 3º "Todo español tiene derechos a dirigir peticiones por escrito a las Cortes y al Rey como determinen las leyes.
1.845 y 1.856: Igual redacción.

- (251) 1.869 y 1.873. "Del derecho de dirigir peticiones individuales o colectivamente a las Cortes, al Rey y a las autoridades. art. 20 El derecho de petición no podrá ejercerse colectivamente por ninguna clase de fuerza armada. Tampoco podrán ejercitarse individualmente los que formen parte de una fuerza armada sino con arreglo a las leyes de su instituto en cuanto tengan relación con éste". 1.876: se invierte el orden en que figuran "Cortes" y "Rey". Se suprime el adverbio colectivamente.
- (252) Sesión de 22 de abril de 1.868.
- (253) Const. 1.837: art. 11: "La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la Religión Católica que profesan los españoles. Const. 1.845: "La Religión de la Nación española es la Católica, Apostólica y Romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros".
- (254) -1.856, "La Nación se obliga etc. (1.837, y se añade). "Pero ningún español, ni extranjero podrá ser perseguido por sus opiniones o creencias religiosas, mientras no los manifieste por actos públicos contrarios a la religión". 1.876: "La religión Católica, Apostólica, Romana es la del Estado". La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros". "Nadie será molestado en territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana". "No se permitirá sin embargo otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado".
- (255) CUENCA TORIBIO, La Iglesia española ante la revolución Liberal, Madrid, 1971. Aproximación a la historia de la Iglesia contemporánea, Rialp, Madrid, 1978. Iglesia y burguesía en la España liberal, Pegaso, Madrid, 1979. PETSCHEN, Iglesia-Estado. Un cambio político, Taurus, Madrid, 1975. SANZ DE DIEGO: "Otro partido católico español", Estudios - Eclesiásticos, Enero-Marzo, 1979.
- (256) Sesiones de 26 de abril al 5 de Mayo, en mañana y tarde. Se llega a proponer el último día que se apruebe una moción tendiente a mostrar el "desagrado con que se han oído las expresiones anti-católicas en esta discusión "que no es aprobada".
- (257) -"Todo español y todo extranjero residente en territorio español están en el derecho y en la libertad de profesar cualquier religión o de no profesar ninguna". -"Siendo la religión un asunto exclusivo entre el hombre y Dios, la Nación declarará libre a la Iglesia Católica....-Queda también garantizado, así a nacionales como a extranjeros el ejercicio público o privado de cualquier otro culto, sin más limitaciones que las reglas eternas de la moral universal.

- Otra añade a este párrafo el siguiente: "La adquisición y ejercicio de los derechos civiles y políticos son independientes de las creencias religiosas que profesen los españoles. Ni estas creencias ni la práctica del culto eximen a nadie del cumplimiento de los deberes civiles y patrióticos". En otras enmiendas se defiende la confesionalidad del Estado, y las posiciones conservadoras.
- "La religión católica, apostólica y romana, única verdadera continúa siendo y será perpetuamente la religión del Estado".
- "En España no se permitirá otro culto que el de la Iglesia católica, apostólica romana, gozando de todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la ley de Dios y lo dispuesto en los sagrados cánones".
- Hay una que expresa el desánimo de los conservadores: "Pedimos a las Cortes que en el caso inesperado de aprobarse los artículos 21 y 22 (antes 20 y 21) se apruebe la siguiente adición: El Estado renuncia al ejercicio de las regalías".
- (258) Art. 21: "La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica.
"El ejercicio público o privado de cualquiera otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y el derecho".
"Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior".
(Se recoge en un sólo artículo lo dispuesto en el proyecto en dos artículos diferentes).
- (259) Cfr. PETSCHEN, op. cit., un amplio desarrollo de todos esos presupuestos.
- (260) Art. 34. "El ejercicio de todos los cultos es libre en España".
Art. 35: "Queda separada la Iglesia del Estado".
Art. 36: "Queda prohibido a la Nación o al Estado federal o a los Estados regionales y a los Municipios subvencionar directa o indirectamente ningún culto".
Art. 37: "Las actas de nacimiento, matrimonio, y defunción serán registradas siempre por las autoridades civiles".
- (261) Las conservadoras tienden a formular declaraciones doctrinales sobre la verdad única de la religión católica, prohibición de cualquier otra religión, vuelta literal a 1.845. Los más progresistas se centran en torno a los supuestos de 1.869.
Sesiones de 28 de abril, 3, 4, 5 y 8 de mayo.
- (262) Sesión de 21 de junio de 1.855.
- (263) Art. 24: "Todo español podrá fundar y mantener establecimientos de instrucción o de educación sin previa licencia, salvo

la inspección de la autoridad competente, por razones de higiene y moralidad".

- (264) Art. 17: "L'enseignement es libre; toute mesure préventive est interdite; la répression des délits n'est réglée que par la loi".
"L'instruction publique donnée aux frais de l'Etat est également réglée par la loi."
- (265) Const. 1.848, art. 9: "L'enseignement est libre. La liberté d'enseignement s'exerce selon les conditions de capacité et de moralité déterminées par les lois, et sous la surveillance de l'Etat. Cette surveillance s'étend à tous les établissements d'éducation et d'enseignement, sans aucune exception".
- (266) Sesión de 7 de mayo de 1.869.
- (267) Cfr. CASTELLS. Las asociaciones religiosas en la España contemporánea, Taurus, Madrid, 1.973.
- (268) Art. 25: "Todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria, o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas".
- (269) Art. 12, ... Todo español podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción o de educación con arreglo a las leyes.
"Al Estado corresponde expedir los títulos profesionales y establecer las condiciones a los que pretendan obtenerlos, y la forma en que han de probar su aptitud".
"Una ley especial determinará los deberes de los profesores y las reglas a que ha de someterse la enseñanza en los establecimientos de instrucción pública costeada por el Estado, las provincias o los pueblos".
- (270) ARTOLA, La burguesía revolucionaria, op. cit. pág. 277.
- (271) Const. 1.845, art. 1. "in fine": "Una ley determinará los derechos que deberán gozar los extranjeros que obtengan carta de naturaleza o hayan ganado vecindad".
En las Constituciones de 1.869, 1.873 y 1.876 ya se ha indicado estos preceptos (Cfr. apartado anterior).
- (272) Existe una declaración común a todos los textos "Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos - según su mérito y capacidad".
En el texto de 1.856 se añadía "Para ninguna distinción ni empleo público se requiere la calidad de nobleza".
- (273) Const. 1.869 y 1.873, arts. 27 o 29, 2º párrafo: "La obtención y el desempeño de estos empleos cargos, así como la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesen los españoles".

- (274) Art. 3º de 1.856 y 38 de 1.873.
- (275) Const., de 1.869, 1.873 y 1.876 "Los extranjeros que no estuvieren naturalizados no podrán ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción".
- (276) Art. 26: "A ningún español que esté en el pleno goce de sus derechos civiles podrá impedirse salir libremente del territorio ni trasladar su residencia y haberes a país extranjero, salvo las obligaciones de contribuir al servicio militar o al mantenimiento de las cargas públicas."
- (277) CASTELLS: El derecho de libre desplazamiento y pasaporte en España, Edicusa, Madrid, 1974.
- (278) Const. 1.869: art. 29 y 1.873 art. 31: "La enumeración de los derechos consignados en este título no implica la prohibición de cualquier otro no consignado expresamente".
- (279) OLTRA, La influencia norteamericana en la Constitución Española de 1.869, ya citada.
- (280) Cfr. sesión de 10 de mayo de 1.869 a inspiración de la Constitución francesa de 1.795, art. 7º "Ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché. Nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas". OLTRA silencia la indudable incidencia de este precepto en el primer proyecto español. No parece acertada la comparación aproximativa de esta redacción a la americana (art. IX "Aunque la Constitución enumere ciertos derechos, no ha de entenderse que niega o menosprecia otros que conserva el pueblo"). mucho más próxima a la redacción definitiva.
- (281) Const. de 1.869 art. 22 y 21 de 1.873: "No se establecerá ni por las leyes, ni por las autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título. Tampoco podrá establecerse la censura, el depósito ni el editor responsable para los periódicos."
- (282) Sesión de 7 de mayo de 1.869. DIAZ QUINTERO: "...¿ha establecido la Constitución alguna sanción para el caso en que por alguna ley o por alguna autoridad se quebrantase algún artículo constitucional?. Yo no he encontrado en la Constitución ningún artículo en que la sanción se establezca..." Su desesperanza sobre una posible previsión legal al respecto, le hace discurrir por los caminos de la necesidad de la acción popular "Cuando yo vea que un pueblo en el momento en que se ataca la seguridad personal de un sólo individuo, sea el que sea, se levante en masa y ataque a la autoridad que ha cometido ese atentado, entonces creeré que está preparado para la libertad..."

- (283) Arts. 23 y 22 respectivamente de las Constituciones de 1.869 y 1.873: "Los delitos que se cometan con ocasión del ejercicio de los derechos consignados en este título serán penados por los Tribunales con arreglo a las leyes comunes". (En 1.873 sigue de esta manera:) "y deberán ser denunciados a las autoridades gubernativas, sin perjuicios de los que procedan de oficio o en virtud de acusación pública o fiscal".
- (284) Las intervenciones más importantes son las de ORENSE, con ocasión de la discusión de la libertad de Prensa (sesión de 22 de abril) MARTOS (en la misma sesión) y MORET (en la defensa general del proyecto, sesión de 30 de marzo), La discusión sobre el artículo 29 no contiene formulaciones doctrinales tan precisas".
- (285) A este respecto resulta muy interesante la intervención de FIGUERAS en la sesión de 7 de mayo sobre el derecho de huelga.
- (286) En la op. cit., págs. 112 y ss, se plantea una discusión entre ALVAREZ y ORENSE, defendiendo aquél el concepto de derecho "inalienable", más que "ilegislabile". Se trata de que no se considere ley lo que atenta contra los derechos, y que esta invalidación proceda de los Tribunales. La propuesta - que hace ORENSE se estudia inmediatamente.
- (287) ORENSE, en la sesión de 22 de abril dice: "Si yo, usando de mis derechos ataco a otro, este me demandará ante los tribunales, sin necesidad de que la legislación se mezcle aquí para nada...le diré lo que sucede en los Estados Unidos si allí el Congreso da una ley que ataca esos derechos...ésta se tiene por no dada, y el ciudadano a quien se forma, por ejemplo, una causa por imprenta en vez de atacar al Congreso...se va ante lo que nosotros llamamos el Tribunal Supremo..."
- (288) Art. 70: "El Senado no tiene la iniciativa de las leyes. Corresponde al Senado exclusivamente examinar si las leyes del Congreso reconocen los derechos de la personalidad humana, o los poderes de los organismos políticos....o el Código fundamental. Si el Senado, después de madura deliberación, declara que no, la ley se promulgará en toda la Nación. "Cuando el Senado declare que hay lesión de algún derecho o de algún poder o de algún artículo constitucional, se nombrará una Comisión mixta que someterá su parecer al Congreso.- Si después de examinada de nuevo la ley, el Senado persiste en su acuerdo, se suspenderá la promulgación por aquel año". "Si al año siguiente reproduce el Congreso la ley, se remitirá al Poder ejecutivo para su promulgación; pero si este hiciera objeciones al Congreso se volverá la ley al Senado y si el Senado insiste nuevamente se suspenderá también la promulgación". "por último si al tercer año, se reproduce la ley, se promulgará en el acto por el Presidente y será ley en toda la Federación".

ración.

"Sin embargo, al Poder judicial, representado por el Tribunal Supremo de la Federación, le queda la facultad siempre en de clarar en su aplicación si la ley es o no constitucional".
Art. 77. "En caso de que el Poder legislativo de alguna ley contraria a la Constitución, el Tribunal Supremo en pleno tendrá la facultad de suspender los efectos de esta ley".
Cfr. para su análisis procesal político y jurisdiccional BERTELSEN REPETTO, El Senado en España. ALMAGRO: Justicia Constitucional, Madrid, 1.980.

- (289) CARRO, La Constitución española de 1.869, IEP. Madrid, 1.958
- (290) Son indispensables: CRUZ VILLALON, El estado de sitio y la Constitución, Centro de Est. Const. Madrid, 1980; FERNANDEZ-SEGADO, Las disposiciones de excepción, Madrid, 1980, de la que hay un anticipo parcial en "Las disposiciones de excepción en la década moderada" REP 205, 1.976.
- (291) Cfr. CRUZ VILLALON, op. cit. págs. 252 a 255 y 278-314, ampliamente expuestos.
- (292) Art. 130, "La Constitution ne peut être suspendue ni en tout ni en partie".
- (293) Art. 82: "Si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía o en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior (inviolabilidad de persona y domicilio) se determinará por una ley".
No se suspenden por ello en ningún caso las garantías jurisdiccionales del art. 9.
Se discute en la sesión de 2 y 3 de abril de 1.837.
- (294) Ver OLAZAGA, sesión de 2 de abril, donde trata del ejemplo del Poder real omnímodo de la Francia con la Carta.
- (295) PASCUAL, sesión de 3 de abril: "El Congreso constituyente de la Nación española quiere que la ley, sola la ley, resultado de la voluntad del pueblo, sea la que decida...y de ninguna manera puede consentir en que tales atribuciones se le usurpen...a mercede del Poder ejecutivo".
- (296) CRUZ señala, op. cit. págs. 270- y 271, que en esta discusión sólo se plantearon las cuestiones concretas del plazo y la eventualidad de que ello suceda no estando reunidas las Cámaras. Es así pero al hilo de estas cuestiones se plantean las cuestiones de fondo que se han indicado.
- (297) En ella, se invierten los términos y se cualifica a la suspensión de la libertad, como garantía excepcional de la sociedad, (Citado en CRUZ, op. cit. pág. 332).
- (298) Art. 82 es idéntico al de 1.837

- (299) Sesión de 15 de noviembre de 1.844.
- (300) "Promulgada ésta, el territorio a ella sujeto se regirá durante la suspensión por la ley de orden público establecido de antemano".
"Pero ni en una u otra ley se podrá en ningún caso autorizar el Gobierno para extrañar del Reino, ni deportar, ni desterrar fuera de la Península a los españoles".
Para la introducción del nuevo concepto legislativo "orden público", cfr. CRUZ, op. cit. págs. 319 y ss.
- (301) Sesión de 15 de mayo de 1.855.
- (302) Art. 31: "Las garantías consignadas en los arts. 2º, 5º y 6º y párrafos 1º, 2º y 3º del 17, no podrán suspenderse en toda la Monarquía ni en parte de ella sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias".
"Promulgada aquélla, el territorio a que se aplicare se regirá, durante la suspensión, por la ley de orden público establecida de antemano".
"Pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este artículo, ni autorizar al Gobierno para extrañar del Reino, ni deportar a los españoles, ni para desterrarlos a distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio".
"En ningún caso los jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley".
- (303) Se celebran sus discusiones los días 10, 11, y 12 de mayo. Nos remitios íntegramente aceptando todas sus observaciones y precisiones a CRUZ, op. cit. págs. 400 y ss.
- (304) DEL RIO en la sesión de 11 de Mayo.
- (305) Art.: 33 "Cuando el Poder legislativo declare un territorio en estado de guerra civil o extranjera regirán allí las leyes militares".
"En ningún caso podrá establecerse otra penalidad que la prescrita previamente por la ley".
-Art. 8º "Ningún español podrá ser obligado a mudar de domicilio o residencia, sino en virtud de sentencia".
- (306) Art. 17. La primera parte es repetición literal del correspondiente de 1.869. Los párrafos siguientes:
"Sólo no estando reunidas las Cortes, y siendo el caso grave y de notoria urgencia, podrá el Gobierno, bajo su responsabilidad, acordar la suspensión de garantías a que se refiere el párrafo anterior, sometiendo su acuerdo a la aprobación de aquellas lo más pronto posible."
"Pero en ningún caso se suspenderán más garantías que las expresadas en el primer párrafo de este artículo".
"Tampoco los jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley".

- (307) Const. 1.791, Título Primero:..."Il sera fait un Code de lois civiles communes a tout le Royaume".
Const. 1.793, art. 85: "Le code des lois civiles et criminelles est uniforme pour toute la République".
Las siguientes constituciones no mencionan esta unificación que las da por supuestas la Carta de 1.814, manteniendo las que no contradigan su tenor, art.68: "Le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente Charte, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé".
Este precepto se reproduce en 1.830, en el art. 59, y en la Constitución de 1.848, art. 112.
- (308) Es necesario rendir un homenaje de gratitud y consideración al trabajo, no conocido y menos apreciado de Juan Francisco LASSO GAITE, en la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Merced a su solo esfuerzo y vocacional dedicación ha dado a la luz los más importantes documentos de la historia contemporánea jurídica española. Independientemente de otras obras que serán citadas en su momento, es necesario subrayar el indispensable conocimiento de los dos tomos aparecidos sobre el movimiento histórico de la codificación española, tan alabado en su momento por el Instituto Max Planck de Frankfurt: Crónica de la Codificación española, Tomos IV y V, sobre el Código civil, Ministerio de Justicia Madrid, 1.978.
- (309) Se producen bajo Fernando VII, que mantiene el propósito de los liberales. Entre las figuras que más descuellan en este momento se encuentra SAINZ DE ANDINO.
- (310) Const. 1.837, art. 42. "Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía y en ellos no se establecerá más que un sólo -fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales."
Const. 1.845, art. 42 "Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía". En la discusión de 15 de noviembre de 1.844, en que participan PACHECO y NOCEDAL, se aclara que se está por el mantenimiento de fueros personales: eclesiástico, -militar y Real.
La Constitución de 1.856 vuelve a la redacción de 1.837.
- (311) Sesión de 7 de noviembre de 1.855. El prestigio del General es el único que mantiene el fuero. Cfr. SATANLEY J. PAYNE: Ejército y sociedad en la España liberal (1808-1936) Akal, Madrid, 1977, págs. 50 y ss.
- (312) "Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicios de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes".
"En ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales".
- (313) Const. de 1.837 y 1.845, arts. 92: "Ningún español puede ser

procesado ni sentenciado si no es por el Juez o Tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban".

Const. de 1.869, art. 11: "Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal a quien, en virtud de leyes anteriores al delito, compete el conocimiento y en la forma que éstas prescriban".

"No podrán crearse Tribunales extraordinarios ni comisiones especiales para conocer de ningún delito"

Const. de 1.873, art. 13, idéntico al anterior.

Const. de 1.876, art. 16. "Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito, y en la forma que éstas prescriban".

- (314) Sesión de 3 de abril de 1.837. "...Derechos? este artículo no da ninguno: decir que los españoles serán juzgados por el Tribunal competente, ¿es esto un derecho?..."
La contestación de OLOZAGA no atina con el punto esencial - que es la inexistencia de medios jurisdiccionales contra - ello. Como se sabe no llegaron hasta la Ley orgánica del Poder judicial, pero sí lo prenuncia.
- (315) Así se intenta como artículo adicional del Título primero en la Constitución de 1.869 y que fué rechazado.

CAPITULO TERCERO: LA FORMULACION HISTORICA DE LAS NORMAS
ALEGABLES EN EL PROCESO

I.-PRECISIONES PREVIAS

Después de haber tratado los diferentes tipos de declaraciones normativas fundamentales, que en los textos constitucionales decimonómicos formularon en España los derechos fundamentales, es necesario hacer otro tanto respecto de las normas ordinarias, que consagraron la posibilidad concreta del ejercicio de estos derechos.

Es la normativa ordinaria la que más de cerca sigue la - larga y cambiante evolución del respeto de tales derechos en - cualquier país, y en especial, en el nuestro, que une a su variabilidad constitucional (reflejo de las diferentes concepciones globales de entendimiento de la organización social, jurídica y política) un amplio muestrario de diferentes regulaciones ordinarias, incluso bajo la vigencia de una misma constitución.

Se trata, pues, de completar, en el presente capítulo, la aproximación a lo que hemos llamado "prius lógico" del derecho a la jurisdicción: esto es, que exista una norma que consagre - el derecho. Sabemos que esta consagración no será completa, sin la especificación al mismo tiempo de todo el instrumental procesal que haga eficaz ese derecho. Por eso, al igual que ocurría con las normas constitucionales, el objeto formal más significativo de nuestro examen va a ser precisamente el juego de norma-protección procesal.

Se sitúa, pues, el presente capítulo, entre la declaración constitucional y la efectiva aplicación jurisdiccional. Dicho así, parece que se echaría de menos una atención específica - de las normas y actos administrativos de rango inferior, que - son la real traducción de las normas generales a la vida práctica. La conciencia de la fuerza de todo este entramado jurídico reglamentario es bien conocido a los hombres, especialmente juristas, de aquel siglo, en el que se acuñaron frases llenas de una paradógica agudeza, que por conocidas es innecesario - volver a citar.

Sin embargo, nuestro empeño, que debe ser ambicioso, pero no enciclopédico, dicta, una vez más, una norma metódica ascética. La reglamentación será examinada, en lo necesario en este trabajo, como interpretación realista de la ley, y subrayada en aquellos aspectos que puedan modificar el recto sentido de sus expresiones literales, o de su evidente espíritu.

No son éstas las únicas precisiones que es necesario apuntar en este momento. Hay otras, que a continuación expondremos y que quieren reflejar una serie de puntos de reflexión sobre la consideración general que a los juristas de la época merecían las normas que concretaban los derechos fundamentales.

Se pueden resumir estas consideraciones bajo dos aspectos: La consideración jurídica y la política.

Desde el primer punto de vista, ¿qué significación tuvo - para los legisladores españoles del XIX, la serie de normas sobre esta materia?

En primer lugar, el supuesto normativo general y arquetípico. Se plantea aquí la cuestión, a la que hemos de volver en varias ocasiones a lo largo de este trabajo de la consideración de la Constitución como norma perfecta, esto es, como norma directamente aplicable (1). Anticipando resultados, se puede afirmar que en el siglo XIX, la ley ordinaria es el arquetipo de norma jurídica (2), y por lo tanto la fuente que era necesario analizar para aquilatar técnicamente el alcance del sistema normativo de declaración y protección de cualquier derecho, también los derechos fundamentales, quizá con alguna matización. Efectivamente, la específica naturaleza material de los valores que se recogen en esos derechos, hace que se plantee muy pronto la cuestión de su íntima vinculación a los supuestos más básicos de organización del Estado, y por ello es en torno a ellos, alrededor de los que comenzará a abrirse paso una conciencia crítica de este principio, con valor casi dogmático hasta entonces (3).

Lo que ocurre entonces es que se empieza a cuestionar si en determinados puntos, precisamente éstos, la Constitución debe ser considerada norma perfecta. Curiosamente, va a ser el fenómeno constitucional de Cádiz el que preste los primeros argumentos a esta orientación. La prolijidad del texto de 1.812, con su manifiesta voluntad de organizar detalladamente la vida jurídica española de un modo nuevo, introdujo en España un modelo, efímero, pero con un gran peso específico histórico, de texto constitucional que por atender a muchos puntos, se hiciera indispensable en su alegación. (4). Pasada la época moderada, que atacó con perfecta consciencia de la virtualidad de inmediación de aquella norma, se volvió a plantear por los legisladores de 1.856 y sobre todo de 1.869 el carácter de norma

perfecta que debía tener el texto fundamental. (5)

Pero en todo caso, este propósito consideraba que la - Constitución debería tener valor de ley para ciertos casos. La aplicación analógica que suponía este argumento, manifiesta bien a las claras lo que se quiere señalar ahora como principio jurídico-doctrinal propio de nuestros juristas del XIX: - esto es, que la ley es el supuesto normativo "normal".

Una segunda apreciación de la consideración de la normativa ordinaria sobre los derechos humanos, en el siglo XIX, se centra en torno a la materia que se regula y que constituye el objeto del derecho fundamental protegido. Nos referimos aquí - nuevamente a lo que ya se ha indicado en diversas ocasiones, y es que por derechos fundamentales entienden los decimonómicos españoles facultades y valores de los que una mentalidad moderna puede discutir y con acierto, su "fundamentalidad". (6) Nuevamente, pues, plantea este trabajo la cuestión de la propiedad como derecho fundamental, y otra vez damos por reproducidas las consideraciones que en su momento y sobre esta materia se han expuesto más arriba.

De todas maneras, lo que sí parece claro, es que también - en el siglo XIX y por vía de la legislación ordinaria, aparecieron regulados derechos concretos, que incluso no tenían coetáneamente su consagración constitucional; entre ellos podríamos - señalar, las primeras regulaciones de la asociación, la reunión, las huelgas, etc... Por el contrario hay otra serie de facultades, consideradas hoy en día por cualquier mentalidad como dotados de este carácter de fundamentales, que ni siquiera se consi-

deraron ideológicamente, por el Poder, como posible objeto de esta regulación, y no por un retraso significativo de nuestra legislación con otra del extranjero, sino porque su efectiva - aparición ética humana por multitud de razones, no se produjo, sino bien entrado nuestro siglo.

Todo ello, nos permite adoptar, para este capítulo una - sistemática más completa . (7) Así el examen histórico de la - legislación sobre las libertades fundamentales en la legisla- ción ordinaria del siglo XIX podrá seguir la pauta clasificato- ria al uso en los actuales tratadistas de esta materia, por ha- berse contemplado en este tipo de legislación más número de de- rechos que en las fórmulas constitucionales.

Pero sí importante es la significación jurídica que se - puede concretar sobre la labor legislativa sobre los derechos fundamentales, no debemos dejar de hacer mención a extremos, - de un tono más político, pero que incidieron definitivamente - en su regulación. Entre la multitud de aspectos políticos que tiene esta labor, los más significativos, con referencia a su plasmación en texto legal, serían estos dos: constituir una me- diación lógica entre ideal y práctica ordinaria de Gobierno, y su efectiva utilización como medio de limitar el ejercicio de - los derechos, respecto de los que existe, a lo largo de toda la centuria, una indisimulable prevención.

Al señalar el fenómeno de la conciencia entre ideal y prác- tica de Gobierno, no se quiere referir este trabajo al aspecto ya señalado anteriormente y que es una manifestación estricta- mente jurídica de esta mediación, sino al político. ¿Cuál es - éste?.

Hay una abundante bibliografía que se ha referido a las diferentes formaciones políticas del siglo XIX (8), y unido a ellos los vehículos de expresión de sus programas: los manifiestos. Un estudio de tales manifiestos permite distinguir dos épocas claramente diferenciadas en la tipología de estos últimos. Hasta 1.850, aproximadamente, el manifiesto, de corte abstracto, generalmente demagógico y atiborrado de idealismos o ideologías, no suele ir acompañado de una concreta enumeración de puntos programáticos de una mínima concreción (9). Puede establecerse, que alrededor de 1.849, especialmente con el programa de los demócratas (10), elaborado por Nicolás María Rivero, aparece en España un nuevo tipo de formulación, en el que el partido expresa con claridad una serie de puntos, incluso enumerados, que constituyen la oferta política que se trata de hacer triunfar de una manera definida. Estos programas siguen coexistiendo con los manifiestos de personalidades o colectivos, que siguen conservando el estilo arengatorio, pero ya en conexión con los puntos concretos aludidos (11). Como se indica, son primero los grupos progresistas los que introducen esta innovación, que con mayor o menor rapidez va a ser asumida por otros grupos.

Pues bien, ese espacio intermedio, entre el verbalismo de los manifiestos y las medidas concretas de Gobierno, va a ser llenado, entre el comienzo del siglo, hasta el año 1.869, por las leyes programáticas. La ley se convierte con ello, en determinados casos, en un intermedio entre los propósitos genéricos de tipo filosófico-político, y las concretas medidas de orden por así decirlo más reglamentista. La ley adquiere así la significación política que supone ser vehículo de un programa. Este es a mi entender el sentido de las leyes de bases de re-

forma de la Constitución, o los ejemplos de varias de las leyes iniciadoras de la legalización del ejercicio de determinados derechos subjetivos fundamentales.(12).

Junto a esto, y quizá precisamente por ello, la ley refleja con una mayor claridad que ninguna otra norma -excepto determinados reglamentos- el auténtico sentir de las clases políticas ante determinados fenómenos, como son el concreto -discurrir de el ejercicio de estos derechos.

Con la ley, y ante los derechos fundamentales, la principal preocupación que a lo largo del siglo XIX se da en nuestra clase política es la de prevenir los abusos. Las razones de esta preocupación son muy complejas, y exigirían un estudio que no es tarea de este trabajo. Lo que sí se quiere constatar es esta tensión preventiva, que se detecta tanto entre los grupos políticos más progresistas como los más reaccionarios -aunque desde luego por distintas razones-, que, además, y esto es importante subrayarlo, va más allá de la tensión limitadora que debe tener, por naturaleza, la ley reguladora del ejercicio de un derecho, por el carácter connaturalmente social y bilateral de éste. (13).

Con la ley, cada vez que se formula para concretar el - - ejercicio de un derecho, la experiencia histórica del siglo nos enseña que se pretenden dos cosas: permitir su despliegue, pero al mismo tiempo, limitar lo más ceñidamente posible a las propias convicciones o proyectos políticos aquel ejercicio. La Ley se convierte en un instrumento político para el establecimiento de un modelo de comportamiento válido sólo dentro de -

un concreto programa global. En el orden de los derechos fundamentales, se puede constatar que, de hecho, y quizá conscientemente, se legisla no para siempre, sino para el tiempo - en el que perdure en el Poder una orientación ideológica determinada. (16).

Todas estas precisiones han de ser tenidas en cuenta, porque de alguna manera se considerarán sobreentendidas continuamente en el examen que a continuación se trata de hacer sobre la legislación ordinaria referida a los derechos fundamentales.

Junto a ello, se hace notar la existencia de una progresiva evolución de las demandas, y por consiguiente de las soluciones arbitradas por los Gobiernos, incluso los conservadores, que hacen que, aún siendo válidas para estas leyes aquella gran división de la historia legislativa española en dos - grandes modelos, no se debe sujetar, de modo mecánico el análisis a esta alternancia, por necesidades de una mayor fidelidad a los hechos históricos relatados.

Por una mayor sencillez y facilidad de seguimiento del - análisis vamos a estudiar dos grandes apartados de derechos: - los materiales y los jurisdiccionales, y a su vez dentro de - ellos subtemas menos genéricos, pero que sean capaces de englobar varios tipos de libertades fundamentales a la vez analiza - remos su evolución jurídica, necesariamente vinculada, por tramos históricos más cortos que los utilizados hasta ahora, como obviamente se impone por la mayor abundancia de textos legales.

El índice sistemático de los derechos materiales comprendería los referentes a la libertad e inviolabilidad de la per-

sona, como ser físico: las llamadas "garantías individuales" o el derecho a la propiedad y, como ser espiritual, libertad de creencias y libertad de trabajo o profesión, que configuran el espacio de autonomía de hecho, y que el Estado -como ya se ha señalado- se compromete a tutelar, precisamente porque ha sido o es más habitual su invasión. Por otro lado, aquel conjunto de libertades, que de alguna manera no consiste en un "espacio" de autonomía, sino que exigen un facultativo ejercicio del sujeto, -voluntario o activo- y para el que hay que asegurar condiciones de ejercitabilidad: así la expresión e -impresión, enseñanza, petición, manifestación, reunión o asociación. (15). Por otro lado los derechos a la participación política, cuya limitada configuración ya hemos indicado. Por último trataremos el conjunto de derechos, que tan amplio desarrollo han tenido en el mundo moderno, y que suponen la facultad de exigir del Estado una cierta prestación, que se concretaría en esta época en el derecho a la instrucción, en un momento en que el Estado del bienestar aún no ha ofrecido.

Los derechos jurisdiccionales se referirían no sólo a aquellos supuestos de la tutela legislativa de determinadas condiciones de la situación impuesta por la falta de libertad, sino también a las garantías procesales como tales. Sin embargo - en este punto concreto y en aras de una mayor claridad sistemática, vamos a reservar el análisis de temas referidos a los principios que deben inspirar el proceso, de cualquier tipo - que sea, a un examen sistemático posterior, limitándonos aquí a enumerar el curso lineal histórico de su desarrollo de una manera más ceñida que en el caso de los derechos materiales.

Naturalmente, en este punto, no querría convertir esta - tesis en una cierta repetición de los temas de una y otra clase -derechos materiales, sobre todo, o derechos jurisdiccionales- que ya hayan sido abordados en trabajos científicos de superior altura y detención que el presente. (16). En todo caso, vuelvo a repetir que la selección del preciso objeto formal, - es decir, el estudio de la norma como supuesto del ejercicio - del derecho a la jurisdicción, supone ya una garantía de originalidad.

En cuanto a los periodos históricos dentro de los que vamos a englobar esta legislación serán: Cádiz y el bienio progresista; el absolutismo; el periodo intermedio; el modelo moderado, con sus sub-periodos bajo Isabel II o Alfonso XII; y - el modelo progresista, que englobaría los antecedentes de 1.837 y 1.841, el bienio progresista, la monarquía liberal y la República. Coinciden pues estos periodos con los que ya en la introducción a este trabajo se han señalado como significativos desde un punto de vista político-legal, reiterando ahora las razones esgrimidas en su momento en defensa de esta tesis.

II.- DERECHOS MATERIALES

A) Derechos de la libertad

Este tipo de derechos, como ya hemos comprobado al hablar de las constituciones, y sobre todo los correspondientes a la libertad del individuo y su esfera de hecho, son los que han - recibido una mayor atención por parte de los legisladores.

Evidentemente, su primariedad hacía especialmente insufrible

su continua violación en el antiguo régimen, y especialmente - culpable el retroceso que en esta materia, significó el régimen de Fernando VII, aún a pesar de sus inopinados defensores en tiempos demasiados recientes para poder ser justificables. (17).

Como ya se ha señalado, distinguimos en estos derechos - los que significan la consagración de una esfera de hecho de libertad unida esencialmente a todo hombre, independientemente de la voluntariedad puesta en su efectivo ejercicio, de los que consagran las condiciones de efectiva posibilidad del ejercicio de un derecho, pero siempre que su titular quiera positivamente actuarlo. Naturalmente la defensa de aquéllos y de éstos presentan diferencia, precisamente derivados, entre otras cosas, de esta propia estructura.

A la primera clase pertenecen los llamados derechos de la libertad física o espiritual.

1.- Libertad física

a) Dº a la integridad física (18)

Una de las primeras labores legislativas de las Cortes de Cadiz, sólo precedida en el tiempo, por la igualmente importante, pero más significativa desde el punto de vista político libertad de Imprenta, fué el Decreto legislativo del 21 de Abril de 1.881 (19) sobre tormento y el tráfico negrero. La primera proposición, relativa a la supresión del tormento y de los apremios legales, fué aprobada casi sin discusión.

Esta abolición de la práctica del tormento, que si bien había sido muy escasa según los propios legisladores de Cadiz, en los últimos años de Carlos III y IV, volvió a tener gran uso en las dos épocas absolutistas de Fernando VII, y por ello, la ley situaria de 1 Octubre de 1.820 incluye la práctica del tormento como una conducta típicamente punible (20). El problema estriba en que esta práctica, sobre la que el Gobierno absolutista de Fernando VII tuvo el cinismo de decretar su supresión el 25 de Julio de 1.814, (21) cuando todos sabemos del amplio uso que de ella se hizo, no tuvo acceso directo a los Códigos Penales, como tal tipo penal de "Tortura". Al parecer, se estimaba nefasta la propia palabra, y ya no se volvió a hablar de ella, aunque de ella se sirvieran los cuerpos de seguridad especialmente, o en determinados casos, particulares para fines criminales, o por pura patología. Pues bien, la tipificación penal de estos delitos era una mezcla de "lesiones" o "coacciones".

Por ello, la historia legal de supresión del tormento es lineal, pero por desgracia, constituye, en su historia real, - un vergonzoso rastro de atentados habituales contra la dignidad de la persona humana, por parte de los llamados a defenderla en primer lugar, y en virtud de razones de Estado, tan pequeñas en ocasiones, que causa estupor el absoluto embotamiento de conciencia corporativo que ha supuesto su violación. Los Códigos Penales durante todo el siglo XIX mantienen la tipificación indicada. En todo caso, es necesario reproducir la precisión de CRUZ VILLALON (22), en el sentido de que lo que se abroga en los primeros tiempos del nuevo régimen español es la tortura como medio de obtención procesal de confesión (prueba

plena, según indican p.e. las Prácticas, de PAZ), pero que - reconducen esta práctica a zonas más clandestinas del Poder Público, que asimismo se tipifican como ilícitas, aún con las salvedades indicadas, que en todo caso, y para lo que formalmente nos interesa en este trabajo se dota de una defensa de tipo procesal, dentro del régimen general de las conductas - criminales.

b) Detenciones ilegales (23)

El problema de la privación de la libertad como situación jurídica o antijurídica, pero no como estado -como es la esclavitud, a la que luego nos referiremos- plantea dos tipos de - normativas jurídicas, que, aunque vinculadas entre sí, presentan aspectos discernibles, desde el punto de vista del enfoque adoptado en este trabajo. La detención puede ser un aspecto del tratamiento jurisdiccional de determinadas conductas, presumiblemente delictivas. El estudio de esta figura, con sus condiciones, garantías, defensa procesal, etc... es necesariamente - objeto de análisis dentro del título global referente a los derechos jurisdiccionales.

Pero también, la detención puede ser un fenómeno de conducta ilícita, no justificada por la existencia de proceso de enjuiciamiento. A este tipo de detención ilegal también hace - referencia, muy especial -como se ha visto- desde los comienzos, la historia normativa del nuevo régimen introducido por - la Constitución de Cádiz:

Precisamente, las dos cuestiones con la detención como fe-

nómeno en el que resultan violados con frecuencia los derechos de la persona a su libertad han sido objeto de abundantes declaraciones constitucionales, a la que nos hemos referido con una cierta detención en el capítulo anterior.

Esta preocupación legal ha tenido también su reflejo en la legislación ordinaria: así en el periodo constitucional liberal se puso de manifiesto esta preocupación. El Decreto del 19 de Abril de 1.811 (4), a que ya nos hemos referido, constituye una glosa o paráfrasis concreta de los artículos que luego habrían de ser constitucionales sobre esta materia.

Reinstaurado el régimen liberal en 1.820, vuelve a plantearse el tema de la detención en su doble aspecto ya indicado, en el Decreto 2º del 11 de Septiembre de 1.820, sancionado por el Rey el día 28 de ese mes.

A partir de ese momento, la normativa que va a recoger - este tipo de conductas va a ser la materia penal, comenzando - con el Código de 1.822 (25). RODRIGUEZ RAMOS y CORDOBA RODA - (26), han estudiado con amplitud esta materia, desde el punto de vista histórico y sistemático. Ambos autores coinciden en - señalar que la evolución de la protección penal contra estas - conductas se ha ido perfeccionando en el aspecto de ordenación, que no ha corrido la misma suerte en lo que se refiere a la - consideración que el legislador ha atribuido a la gravedad del hecho. El código del trienio aplicaba penas proporcionalmente más graves a estos tipos delictivos. Agravación que no traía - su causa de la especial onerosidad del Código del 22, sino de la visión política que consideraba estos hechos como especialmente punibles. Así, "en contraste con la situación actual...,

admite expresamente la comisión culposa de estos delitos.".

La época absolutista fué testigo de multitud de intentos de una Codificación penal. Como sabemos, aparte del proyecto de Sainz de Andino de 1.831, (27) se prepararon otros proyectos en 1.829, 1.834, y otros trabajos que culminaron en el proyecto de 1.848. Asimismo se prepararon leyes de procedimiento penal, como las que serán objeto de especial estudio posterior de 1.835 y 1.845, coexistiendo con otro buen número de proyectos o instrucciones: 1.836, 1.840 (de GARCIA GALLARDO), 1.841 (de Don Manuel SEIJAS), de 1.844 (de PEÑA AGUAYO) (28), etc.. En todas ellas se refleja la preocupación por las detenciones ilegales. Pero tal preocupación se manifiesta, por desgracia - en torno a la temática de la detención relacionada con el enjuiciamiento o aseguramiento del presunto reo. Así el último - proyecto de esta época absolutista, el de 1.834, no tipifica - los delitos de detención ilegal, y para la legal las condiciones que establece son tan amplias (29) que causan estupor el - que se haya presentado este proyecto al Estamento de Procuradores, que conocería también la discusión de la Tabla de derechos.

La diferencia fundamental entre los textos de 1.848 y - 1.870, hijos cada uno de ellos de dos épocas y enfoques políticos completamente diversos, es la especial lenidad de las - penas para estos delitos en el primero de los textos, en comparación con el segundo (30). Pero al tiempo existe un "pequeño" matiz diferenciador, pero que en realidad desvirtúa completamente los supuestos de tipificación en los casos de comisión - del delito por los funcionarios. (31). Por supuesto, la concu-

rrencia de este carácter no supone un diferente tipo penal como en 1.820, sino la concurrencia de una agravante genérica, pero es que además se produce la incidencia del "pequeño matiz" a que nos hemos referido. El Código de 1.870 señala taxativamente que es ilegal toda detención ordenada por funcionario "a no ser por razón de delito", mientras que el texto de 1.848 en una redacción, que luego sería aprovechada por los Códigos Penales de la Dictadura, habla de "practicare ilegalmente cualquier detención", con lo que bastaría una justificación - jurídica cualquiera para excluir la tipificación delictiva. (32). Estos dos modelos de redacción constituyen dos ejemplos copiados, en el sentido exculpatorio por los citados Códigos - de las dictaduras, pero que tienen su paralelo contrario en los de 1.870, recogido después en el de 1.932.

c) Esclavitud (33)

Ha sido ésta una de las páginas más negras en la historia del Derecho español. Esta institución que careció de arraigo - en los primeros tiempos de la colonización americana, sustituida por la práctica de la mita, o servicio obligatorio laboral - de los indios a favor de los blancos, no se autorizó con plenitud hasta el 31 de Mayo de 1.789, cuando a la autorización general para su introducción en las colonias españolas, se unieron una serie de medidas legales tendentes a "asegurar el mejor régimen de educación religiosa, alimentos, horas de trabajo, enfermerías, matrimonios y castigos correccionales" de los esclavos. Las leyes de Indias, hasta entonces, sólo otorgaban permisos para casos especiales, que podían otorgarse también - por el asentista, y con el pago de determinados derechos (leyes de Indias, título XVIII del libro VIII).

La aparición del nuevo régimen coincide con el movimiento iniciado en Inglaterra por Lord WILLBEFORCE, y en Cádiz - los legisladores se hacen eco de la inhumanidad de esta práctica. De esta manera, se inicia por ARGUELLES, que había conocido en Londres este movimiento, una acción legislativa costá-nea a la de la supresión de la tortura, pero que no concitó - la unanimidad de asenso que aquélla.

En efecto, en un principio, y así seguiría por mucho - - tiempo, lo que se trata de suprimir es el tráfico negrero. Las intervenciones de los diputados exponen a las claras la relevancia económica de esta institución, y por razones económicas las que impiden que una moción del diputado ALCOCER extienda la supresión del tráfico a otros supuestos, como son la consideración como libertos de los hijos de los esclavos, nacidos ya en las colonias. (34). Esta medida que es evidentemente el complemento de la supresión del tráfico no pudo ser aprobada, y a pesar de todo fué defendida por el citado introductor de la moción y por GARCIA HERREROS.

La remisa actitud de los diputados de Cádiz respecto de - los esclavos va íntimamente ligada a la consideración de que la raza negra es realmente inferior. La demostración de este - aserto tan negativo para los padres de Cádiz viene demostrada, no solo por la sumisión a la economía y al egoísmo de la explotación de las riquezas americanas de otras consideraciones, sino también por la conciencia que refleja la actitud contraria a las mitas de los indios y no a los negros. (35), y con posterioridad, en la supervivencia de esta conciencia de la inferioridad de la raza negra u otras razas no blancas o indias -

que se manifestaran en los Códigos penales, y a las que luego habrá de hacerse referencia.

La consideración de la desigualdad de las razas está - muy presente en este tema y supone la violación de la dignidad de las personas humanas por doble motivo.

La argumentación en favor de esta tesis se concreta en - cuanto a su primer extremo en el Decreto de las Cortes del 21 de Octubre de 1.812, en el que se acaba con las servidumbres personales de los indios. El motivo, sin embargo, que definitivamente mueve a los legisladores para adoptar esta medida es, por desgracia, también económico. La razón de la introducción - de esta institución, dice CASTILLO el promotor de este Decreto, "ha sido el facilitar mano de obra en las explotaciones americanas, pues bien la mita lo que hace es asustar a los indios y recluirllos en lugares inaccesibles, con lo que su desaparición física hacía física hacía inútil desde el punto de vista económico tal arbitrio". En ese sentido, no deja de tener una gran coherencia la iniciativa de OSTOLAZA, que sugiere no que se supriman las mitas, sino que se sometan a su régimen también a - los aparceros o colonos blancos, para así "suavizar la condición de los indios". Igualar por abajo, que es la gran solución secular de los reaccionarios.

Las mitas, y determinados tratamientos infamantes de los indios, como la pena de azotes fueron suprimidos (Decreto de 13 de Agosto de 1.813), pero no la esclavitud.

La amplia legislación del trienio progresista no varía la

situación, sino que restablece en su "status quo" la labor legislativa de Cádiz, derogada de modo global por Fernando VII.

Sin embargo, es precisamente en este periodo, y obligados por circunstancias políticas, cuando los españoles firman con Inglaterra el 23 de Septiembre de 1.817, el Tratado de abolición del tráfico negrero. Se trata de una obligación de estado que no se complementa con ninguna medida de legislación interior. Los que contravienen esta norma no serán castigados por el Estado, sino con las penas de tipo marítimo internacional establecidas en aquel Tratado.

El Código Penal de 1.820, como hubiera sido obvio, no contiene ningún precepto caracterizando o tipificando el tráfico negrero, y naturalmente las declaraciones legales de carácter interno o internacional son absolutamente platónicas.

Las Regencias, en ese período que hemos caracterizado como ambiguo, no ofrecen ninguna novedad a este respecto. Ninguno de los proyectos penales contienen esta figura, que es muy posible que se hiciera presente, en la práctica comercial dado que por convenio de 28 de Junio de 1.835 se confirma el anteriormente citado.

Los sistemas legislativos moderados sobre la esclavitud se inspiraron indudablemente en las mismas o parejas consideraciones que los progresistas en esta materia. Resulta curioso observar cómo los sucesivos pasos que se van dando con la finalidad última de conseguir la total abolición de la esclavitud se suceden sin que influya excesivamente el grupo político que esté en

el poder. Quizá si alguna matización hay que hacer es la de - que son progresistas los que adoptan las primeras medidas que luego son puntualmente seguidas por los moderados, excepto en un solo momento, tras la I República.

Como hemos visto, el problema fundamental de las normas - sobre represión indirecta de la esclavitud -esto es, sobre el - tráfico negrero- era que adolecían del defecto de una falta de exigibilidad de sanción. Pues bien, una ley de 2 de Marzo de - 1.845, (36) en plena época moderada, establece las penalidades de los que se dedicaran a tal comercio, así como los Tribunales que conocerían de su enjuiciamiento, acabando con todo fuero especial sobre la materia subsistente hasta entonces. La presión internacional hace que sea necesario arbitrar estos sistemas - de regulación tan contrarios a las apetencias moderadas.

Es, sin embargo, un Gobierno progresista el que comienza - a establecer por la vía de la regulación administrativa una cierta restricción de la esclavitud como tal, por medio de la capitación de los esclavos en Cuba. Esta medida es de 22 de Marzo de 1.854, y es derogada por otra de igual rango de 6 de Julio - de 1.860. (37) La comparación de cifras y la ocasión de las medidas legales es sintomática.

Estas primeras medidas se completan, bajo el Gobierno de - Narvaez, en Septiembre de 1.866 (38) -recordemos que el Pacto - de Ostende es de Agosto de ese mismo año con la ley de emancipa-
ción.

Las disposiciones de la ley no pueden ser más representa-

tivas de la hipocresía y la mala conciencia burguesa reinante. Se trata de liberar a los esclavos, que se caracterizan por un eufemístico "individuo de color constituido en servidumbre", al pisar cualquier lugar del Estado en el que no se diera la esclavitud.

Pero si es significativo este Decreto-ley, en la misma fecha, y precedida de una discusión en Cortes, en la que nada se refirió por parte del Ministro de Ultramar (a la sazón CANOVAS DEL CASTILLO) sobre su propósito de dictar tal R.D., se promulga una Ley sobre represión del tráfico negrero. (39).

Esta ley se dicta por la paladina confesión de que no se cumple en una gran parte el tratado de esclavitud con Inglaterra, y que cada vez son más frecuentes las acciones de represión exterior (derecho de visita a los barcos y enjuiciamiento de las comisiones mixtas) sobre el tráfico, que tiene ya en estos tiempos -como se reconoce en la propia discusión- un único destino: las Antillas españolas, porque son el único punto del mundo civilizado donde sobrevive la institución de la esclavitud.

La discusión plantea la oposición a la misma por sólo cuatro diputados, naturalmente propietarios de esclavos, quienes plantean disyuntivas dramáticas como consecuencia de la posible aprobación de tal ley. Si ello es así, sería preferible la abolición total, y en todo caso, la difícil situación política -poco después va a culminar en el movimiento separatista- se va a endurecer aún más. (40).

El propósito del Gobierno es muy claro: tratar de evitar conflictos internacionales, y producir una modernización en las explotaciones cubanas, las que a su entender habían sufrido una regresión económica por la falta de introducción de maquinaria que sustituyera a los brazos humanos. Junto a ello, se fomenta la inmigración china, que es, a no dudarlo, de más "baja calidad", pero que plantea menos problemas. (41)

La ley plantea, como no había hecho la de 1.845 con toda claridad, la calificación de conducta penalmente típica a la - del traficante negrero, y a las conductas que habitualmente solía adoptar para evitar la vigilancia y la represión: así defenderse por la fuerza, etc.... Tales actos se consideran desde entonces como análogos a los que atentan contra la seguridad interior del Estado, y se establece hasta la pena de muerte en su castigo.

Sin embargo resulta enormemente esclarecedor que uno de - los diputados que más han impugnado la necesidad de esta ley, - RIQUELME, -mientras que otro, ALARCON, planteaba la segunda cuestión política indicada- hace una ostentosa exhibición de los sistemas de argucias y habilidades que van a hacer posible el - incumplimiento de la ley. Los sistemas de sobornos, los funcionarios afectados, los sistemas de simulación del censo, etc.... se van a exponer con la claridad con la que posteriormente se - van a aplicar.

El advenimiento del progresismo podría hacer concebir la - idea de que la bárbara institución de la esclavitud va a ser borrada del mapa. Y para desgracia de nuestras propias raíces eso

no es así.

El 15 de Octubre de 1.868, recién vencida la Revolución, - el Gobierno dicta un Decreto, cuyo contenido no ha sido posible concretar por extenso, pero en el que, al parecer resumidamente, se liberaba a todos los nacidos de mujer esclava desde 17 de - Septiembre de 1.868, fecha de la sublevación. El Decreto careció de eficacia práctica, pues ese mismo mes se produce uno de los primeros levantamientos serios en las Antillas, los de LA-RES y YARA.

Esta sublevación significó un momento decisivo en la polí- tica abolicionista. Así, cuando se logró una esencial reducción de aquélla, el Congreso aprueba el 4 de Julio de 1.870 una ley que, como los sistemáticos de aquel tiempo indicaban, produce la abolición "en principio" y bajo determinadas condiciones de la - esclavitud.

La ley se aplica en Cuba y Puerto Rico. Reproduce la decla- ración de libertad para todos los hijos de mujer esclava, así co- mo para aquéllos que hubieran luchado bajo la bandera española, los que sean propiedad del Estado -esto es los que originalmente lo eran- y todos los menores de dos años, por compra ordenada - por la misma ley- y todos los mayores de sesenta años. (42).

Junto a esta caracterización económico-política de la aboli- ción, tan absolutamente contraria a la conciencia, incluso a la normal de aquellos tiempos, se introduce una institución suceda- nea de la esclavitud, y es el estado de liberto sometido a patro- nato, cuyo único contenido es asimismo el económico. El dueño de la esclava madre se convierte en tutor del liberto, con la posi-

bilidad de aprovecharse del trabajo del liberto hasta los 18 - años sin compensación alguna, más que su mínima subsistencia. A partir de los dieciocho años, "Ganará el liberto la mitad del jornal de un hombre libre, según su clase u oficio". De ese jornal se le entregará la mitad, y con la otra se le constituirá - un peculio por el patrón, al que el liberto no tendrá derecho - sino hasta los ventidós años. (43).

El patronato tiene como decimos un carácter fundamentalmente económico, y si esto fuera dudoso en esencia, la ley se encarga de explicitarlo, facultando a los patrones a transmitir este patronato por todos los medios conocidos en derecho. (art. 11) Esta legislación, que tan pomposamente había iniciado sus primeros artículos, acaba recogiendo, en virtud de importantes presiones de los grupos propietarios de esclavos, más numerosos en esta época progresista, prevenciones de un carácter regresivo. Así se ordena que los esclavos mayores de sesenta años podrán - permanecer en las casas de sus dueños, siendo potestativo de éstos retribuirlos o no, pero en caso de que sean molestos, pueden expulsarlos sin obligación para nadie de mantenerlos. (Art. 14).

Lo que en todo caso se asegura es que el Gobierno señalará la indemnización que sea congruente con los perjuicios económicos de esta Ley, que se podrá reclamar por la vía gubernativa - (Art. 16).

Lo que curiosamente no se establece es ningún derecho ni - posibilidad de ejercicio de acción legal en favor de los esclavos a los que esta ley no llegará a aplicarse. (44) Las discusiones que, como veremos inmediatamente, dieron lugar al establecimiento paulatino de la abolición de la esclavitud, tienen

a esta norma como punto temporal de referencia. Pero no es sólo eso, la Ley del 70, llamada de MORET, significa también un modelo doctrinal al que se van a referir los radicales y los más moderados a la hora de exponer sus opiniones sobre esta materia. Por ello, sus disposiciones, que serán repetidas y recogidas en puntos concretos, como por ejemplo la necesidad de indemnización y el establecimiento del patronato, influyen decisivamente a la hora de considerar el tipo de protección procesal o sanción que arbitran.

En este sentido, hemos de subrayar que esta ley de abolición parcial, y todas las totales que van a continuarla adoptan un sistema de norma administrativa, y no de atribución de derechos.

La opinión del que suscribe es que aquí como en muchos - - otros ejemplos de redacción normativa sobre las libertades públicas, el Estado convierte una ley que debería ser en principio una paladina atribución de derechos subjetivos públicos, acompañados de un instrumento procesal de defensa, en una norma de policía administrativa. De acuerdo con este tipo de normas, lo que los particulares, incluso los directamente afectados, pueden hacer es denunciar situaciones irregulares por su oposición a la normativa administrativa, y la Administración es la que se encarga de velar por el restablecimiento de la situación ilícita, aun que sea por la vía penal.

Como veremos, sigue sin existir en los Códigos Penales españoles una taxativa tipificación específica de las conductas a la que estas leyes administrativas convierten en ilícitas.(45)

Sigue penándose el tráfico negrero, en virtud de los razonamientos ya expuestos de una ley especial del 69, pero no se otorgan facultades de persecución a ejercitar por los afectados en los casos de incumplimiento de las muchas obligaciones que a favor de los actuales o antiguos esclavos se arbitran.

La esclavitud resulta por ello, todavía en estas postrimerías del siglo a las que nos estamos refiriendo, un fenómeno habitual y defendible desde el punto de vista doctrinal, ideológico y abstracto.

Cuando en Febrero de 1.873, se presenta a la Asamblea Nacional por parte de diputados demócratas, un proyecto de abolición total e inmediata de la esclavitud en Puerto Rico, sin matizaciones de ninguna clase, la división que se plantea en la Cámara es muy sintomática. (46)

La discusión fué amplia y extensa. Los Diarios de sesiones que recogen esta primera medida, que mas tarde sería imitada, ya bajo el régimen de CANOVAS en 1.880 respecto de Cuba, ocupan casi cuatrocientas páginas en sesiones celebradas sólo a lo largo de dos meses escasos. Las posiciones se plantean en un principio con toda su descarnada sinceridad. Los demócratas y progresistas, a favor, los moderados, llamados "alfonsinos" por sus contrarios, en contra. Son famosos a este respecto los discursos contradictorios en las primeras sesiones de SANROMA - el presentador de la ley - frente a los de ESTEBAN COLLANTES o ALVAREZ BUGAMAL. (47)

Los planteamientos son fundamentalmente de orden legal -es inconstitucional, entendiendo este término en su significación -

política, e innecesario, desde un punto de vista estrictamente legal, pues ya existen las leyes del 69 y sobre todo del 70- y de orden económico. Este último es el que más se maneja. Se presentan por uno y otro lado amplios informes, llenos de cifras y datos estadísticos, tanto nacionales como extranjeros comparativos, sobre las ventajas que para la economía -industria y agricultura- tienen el mantenimiento de un cierto grado de esclavitud, o su abolición. Son ejemplos de este planteamiento, el introducido por ESTEBAN COLLANTES, con gran aplauso de sus correligionarios el segundo día de discusión (18 de Febrero), y el -presentado bastante después por LABRA, (48) representante de los demócratas, los cuales que aparecen cogidos por sorpresa en la -elección de este terreno de confrontación económica.

Evidentemente, los promotores de la abolición han preparado más bien las armas ideológicas y comparativas: "somos el único país de la Europa civilizada que mantiene esta institución". Y resulta que también en este terreno la defensa planteada por los antiabolicionistas es bien inteligente. Independientemente de los parlamentos de PIDAL Y MON sobre la influencia del cristianismo en la abolición genérica de la esclavitud, que se des-pega del tono realista de los impugnadores, y que queda solo en este tipo de defensa, por paradógica y contradictoria, (49) los moderados afirman que ellos no se oponen a esta importante medida. Lo alegan de modo expreso al recordárseles por sus adversarios, que los maestros doctrinarios franceses, de los que se confiesan seguidores son partidarios de la abolición, en el sentido de que lo que defienden es una implantación progresiva de la abolición. Y a este fin, retuercen el argumento de la comparación con las naciones extranjeras. "Imitemoslas, dicen, pero haciendo

lo mismo que hicieron, esto es siendo graduales en su introducción". La fácil contestación a esta razón de que la gradualidad convenía en los años veinte o treinta de aquel siglo, y no, a los setenta u ochenta, no es eficazmente esgrimida por los contrarios.

Si a ello, a esta hábil defensa de los antiabolucionistas, no contrapesada por los demócratas, se une el prestigio de la ley MORET, la efectiva implicación de los propios demócratas en los negocios e "ingenios" coloniales, así como la difícil situación de sucesivos levantamientos a que hemos hecho referencia, se comprende la inevitable mixtificación que sufrió el proyecto SANROMA, que de una ley agresiva en esta cuestión se convirtió en un texto muy mediatizado por sus oponentes.

Efectivamente, se conservan aquí instituciones con el mismo fin que el patronato, cuyo contenido es esencialmente económico. (40) Se trata de complementar la indemnización que los dueños afectados por la abolición deberían recibir del Estado. Se arbitra así un estadio intermedio, absolutamente contrario a la dignidad de la persona, atribuyendo, y esto es lo más grave, a los nuevos curadores la totalidad de los derechos sobre el liberto, al que naturalmente se encargarán de hacer trabajar de modo que en tres años -periodo obligatorio de patronato- puedan rendir lo que hubiera sido normal en lo que les quedara de vida, - sobre todo si el contratante y los curadores son lo mismo: el Gobierno (segundo caso del Art. 2º).

Esto es especialmente grave cuando se sigue sin dotar de efectiva defensa juridico-procesal a los esclavos o libertos, (51)

y cuando siguen en vigor los sistemas de castigos no expresamente prohibidos, como es el castigo de cepo y grilletes, sólo suprimido en 1883. Y no existe una tipificación de las consecuencias para los dueños o patronos en el caso de que aplicasen la pena de azotes, que si bien se prohibió en 1.870, no se castigó convenientemente en el Reglamento de 1.874.

Cuestiones también económicas, como se deduce de la propia discusión de la ley, reducen su aplicación a Puerto Rico. (52). La abolición total en Cuba no llega sino 7 años después, en 1.880, sin perjuicio de que entre estas dos fechas se recuerden legislativamente por medio de la R.O. de 12 de Septiembre de 1.878 y el Decreto de 1.869 al que ya hemos hecho referencia más arriba. Resulta a este respecto altamente significativo que al menos en un caso, y para declarar en estado de libertad y emancipación a una esclava que residió algún tiempo en España -como es clava- no lo olvidemos sea necesario producir por el Gobierno una Real Orden de 16 de Abril de 1.879, que así lo declarase.

El tono de legislación administrativa de policía, y no de atribución pura y simple de derecho perfecto, y por tanto alegable ante los Tribunales, se refleja en esta curiosa Orden, no por dramática, menos interesante para una exacta evaluación de la legislación sobre la materia.

CANOVAS, y su ministro de ultramar, EL DUAYEN, proponen a las Cortes la Ley, definitivamente aprobada el 13 de Febrero de 1880 sobre la abolición de la esclavitud en Cuba. La discusión es también larga y prolija: los supuestos que se exponen a la consideración de los legisladores no suponen un cualitativo avance so-

bre lo visto en 1.873. Y por otro lado, el peculiar caracter - de norma de policía que ya hemos denunciado repetidamente, se pone nuevamente de manifiesto. (53)

Se reproduce la institución del patronato, con todas sus características ya señaladas en el año 70, ser transmisible, (Art. 20) significar un derecho a aprovechar su fuerza de trabajo por parte de los dueños, al que se entrega expresamente en la ley el "derecho a representarlos en todos los actos civiles y judiciales con arreglo a las leyes" (Art. 3º). Declaración - que no hace sino expresar un estado de absoluta precariedad - jurídica a la que de hecho han estado sometidos, a lo largo de todo este tiempo.

Por si fuera poco, se establece una especial "protección" del Estado, para los que, por virtud del cumplimiento de las difíciles condiciones legales, puedan salir de tal Patronato, que como límite temporal mínimo tenía el de 8 años. La especial - - "protección" se contrae a que deban "acreditar la contratación - de su trabajo o un oficio u ocupación conocidos" durante otros cuatro años. (Art. 9) La falta de esta acreditación, que deberá ser estimada a su arbitrio por los representantes de la Administración supone su dedicación a los trabajos de obras públicas - (Art. 10). Dicho con claridad, su condena a trabajos forzados.

Se reitera la posibilidad de que los patronos castiguen a los libertos con cualquiera de las penas admitidas, menos la de azotes, aunque no se establece ningún sistema de alegación por el afectado en caso de violación de esta norma. (Art. 14) Recordemos que sus representantes legales a todos los efectos son pre

císamente los patronos.

Esta posibilidad se reduce aún más en el Real Decreto de 27 de Noviembre de 1.883 (bajo SAGASTA) en que al tiempo que se suprime también el ceпо y los grilletes, se arbitran otros medios para el castigo.

La situación de patronato se suprime definitivamente antes de lo que preveía la Ley del 80, pues en 1.886 un Real Decreto someta a todos los esclavos actuales a la "protección" del Estado de que hemos hablado.

La desaparición de las colonias españolas significó la desaparición de la esclavitud. España se puede avergonzar de haber sido, recalcitantemente, la nación que casi vió alumbrar el siglo XX manteniendo aún esclavos o casi-esclavos en sus territorios .

Tanto es así, que aún en 1.890, el Gobierno se vé obligado a firmar un nuevo Convenio con Inglaterra sobre represión del tráfico de esclavos africanos.

He tratado, a lo largo de estas últimas páginas, de reflejar con la mayor neutralidad el puro estado de la legislación sobre esa indescriptible violación del más elemental derecho humano - que es la pura libertad física. Puede parecer que no he hecho - sino subrayar aspectos marginales de una realidad que quizá para algunos no era mas que un accidente histórico . Las justificaciones, generalmente economicistas, de esta institución pueden dar la impresión de que la conciencia ética de nuestros legisla-

dores no estaba tan embotada, y que por aquellas razones, y con tradiciendo sus más profundos dogmas se mantenía esta situación.

La realidad no es así. Hay un profundo desprecio a la naturaleza humana, que se manifiesta una y otra vez, en las medidas legales, de las que es la principal la privación de la capacidad jurídica primero, y la de obrar procesal después, cuando -trás la emancipación pudiera provenir una acción legal de reclamación contra el patrono. Existen incluso opiniones que de hecho consideran a estas criaturas como entes, no totalmente irracionales, porque precisamente sus características antropológicas los hacen especialmente valiosos, pero muy cercanos a los -animales. (54) No hay más que leer las manifestaciones de determinados diputados en las discusiones para captar esto.

En esta situación límite, llama poderosamente la atención que la palabrería a veces demagógica con que se trata este problema (ver para ello las discusiones de la ley de 1.880) que no esconde el propósito de utilizar el arma más poderosa para -la efectiva limitación de la libertad de los seres.

Ya hemos indicado una: la limitación de la capacidad de -obrar. Pero aún podría decirse que esta medida ha sido producida quizá por un intento demasiado cándido de "proteger" a los -libertos, desprovistos de experiencia en este complicado mundo jurídico. Que precisamente sean los que más podrían atentar a -sus derechos -sus propios patronos- sean sus representantes legales, inválida ya en principio esta "piadosa" consideración.

Pero hay más, hay que ir a otras normas legales y ver qué

consideración merece el supuesto de la esclavitud, que no es - otra cosa , como ya al comienzo del análisis de este fenómeno - se ha esbozado, que su diferencia de raza.

Resultan en este punto altamente esclarecedoras las normas especiales que para la aplicación del Código Penal de 1.870 (R. O. 23 de Mayo 1.879) en las Colonias se introdujeron por los - progresistas y demócratas.

Así en el que introduce su aplicación en Cuba y Puerto Rico, modifica el Art. 10, que contiene las circunstancias agravantes y en la número 22 señala como una de ellas "el cometer el delito contra un blanco, uno que no lo es". La estupefacción que produce la simple lectura de este texto, se aumenta cuando se llega a conocer su interpretación jurisprudencial, pues ésta afirma que la circunstancia debe seguir estimándose aun cuando se haya abolido la esclavitud, puesto que la tipología agravatoria no se hace en virtud de ninguna consideración sobre tal situación jurídica, sino sólo ante la diferencia de razas. (55)

Y por si quedara alguna duda, la ley que introduce el mismo Código Penal en Filipinas, 4 de Septiembre 1.884, formula en su Art. 11 una peculiar circunstancia que puede actuar como atenuante o agravante, según la "prudente" estimación del Tribunal, en el hecho de que el autor sea "indígena, mestizo o chino". (56)

d) Otras libertades referidas a la persona física

Los modernos catálogos de libertades fundamentales enumeran otros derechos fundamentales de los individuos a bienes de su per

sona o el reflejo de ella: así la integridad física de los propios miembros u órganos, la propia imagen, el aspecto físico exterior, o la divulgación de datos o hechos concretos del individuo. Tales derechos fundamentales no fueron ni siquiera aludidos por los legisladores del XIX.

2.- Derecho a la inviolabilidad del propio domicilio (57)

Se plantea en este tema, la conciencia, expresada como sabemos en las constituciones, de la santidad del propio reino doméstico. Sucede aquí algo parecido a lo indicado en el caso de la detención. Estos temas tienen dos vertientes: la consideración genérica de su respeto, por un lado; y por otro, los requisitos y condiciones de su suspensión por razones de orden jurisdiccional o incluso legalmente político (caso de la suspensión de garantías). Lo que nos toca explicitar ahora es el conjunto de normas que en el sigloXIX pretenden proteger a la propia habitación sin justificaciones procesales, sean normales, sean excepcionales. Esto es, la prohibición del allanamiento de morada, que como veremos se va a convertir pronto en una tipología penal.

Así como en el caso de la detención ilegal, no existía una regulación tradicional que de alguna manera anticipase los conceptos legales del nuevo régimen, que exigió por parte de los legisladores de Cádiz una rápida formulación de tales supuestos, según ya hemos visto, el tema del allanamiento de morada como conducta tipificada como delictiva, y contra la que se concedió ya desde el antiguo una defensa procesal, traía su origen legal que se puede remontar en su Código de carácter general a la ley 2ª, título IV, libro VI del Fuero Juzgo o Nota 9 título XXX, libro IV

Novísima Recop., cosa que no ocurre con otras libertades fundamentales.

La primera norma protectora en el nuevo régimen de esta libertad de morada es el Código Penal de 1.822 (57), que recoge entre los tipos penales de acción de los funcionarios contra la libertad individual de los particulares, el allanamiento de morada. Sin embargo este cuerpo legal no considera los allanamientos de morada realizados por los particulares, que sí serán castigados en épocas posteriores. Quizá cae en el defecto, que también de alguna manera hay que achacar a RODRIGUEZ RAMOS, de que en su exposición sólo se refiere a la violación de este derecho por los funcionarios, como si los particulares no pudieran violar también los derechos fundamentales, y las normas penales que los protegen, no afectaran más que aquéllos. Es otra prueba de la concepción conflictiva particular-Estado de los derechos fundamentales.

El sistema jurídico penal fernandino adolece en este punto de evidentes fallos y como ya se ha señalado en otro punto, los diferentes proyectos de Código Penal no contemplan este delito, ni siquiera en el tantas veces citado por este trabajo Proyecto de 1.834, tan próximo en el tiempo a la revolución de la Granja, y fruto de mentalidades eminentemente ilustradas.

El modelo de Código penal moderado de 1.848, recoge con pequeñas alteraciones el mismo precepto referido a los allanamientos de morada de los funcionarios, con una sistemática más acertada que la anterior. Pero la auténtica novedad de este texto es que se establece como conducta penada la del particular que entrase en morada ajena contra la voluntad de su morador

(Art. 404). (59).

El Código de 1.870 mantiene la redacción de la tipificación del allanamiento de morada por el particular (Art. 504), pero desarrolla, precisamente de conformidad a las normas constitucionales del 68, una normativa más diferenciada y precisa - respecto de la conducta ilícita de allanamiento de morada por parte de funcionarios.

Los supuestos que contemplan son tres: el propio allanamiento, sin que se hable de "permanencia" sino solo de entrada, (60) el registro ilegal, y las vejaciones que puedan producirse de modo injusto. Hay además de ello dos novedades, se habla de la morada de nacional o extranjero, y se hace especial y más agrada referencia a la comisión de este delito en nocturnidad.

Esta nocturnidad, como sabemos totalmente prohibida por la Constitución, es castigada como delictiva en el caso de que se emplee por el juez en el caso de un allanamiento, o registro legal. (Art. 216)

La nocturnidad como circunstancia tipificadora de una conducta delictiva fué suprimida de hecho por una progresiva interpretación jurisprudencial, atribuyéndo a la Constitución de 1.876 una fuerza de norma perfecta. Esta virtualidad sólo se desplegó con la finalidad de que aquella norma fundamental derogara los preceptos del Código Penal, que establecían esta tipificación, - por no ser congruentes con la doctrina constitucional. Por el contrario, nunca se permitién alegación por los particulares en los casos en que pudiera resultar condenado el Gobierno (61).

La vuelta a una más depreciada consideración del valor de este bien jurídico fundamental se manifiesta también por una normativa legal de 1.877, propia de la filosofía política de la eficacia de Gobierno como criterio supremo, según la cual los alcaldes podían autorizar la entrada en el domicilio de los deudores en el procedimiento administrativo de apremio (Art. 6º de la Ley de Presupuestos de 1.877).

3.- Derecho a la inviolabilidad de la correspondencia (62)

El derecho al secreto de la correspondencia, que forma parte del legado de derechos arbitrados por la Revolución francesa, como ya hemos visto, preocupó hondamente a los legisladores de Cádiz. Se debatían entre la instauración de un nuevo sistema liberal en España, y la lucha abierta con un enemigo que sin duda aparecía dotado de grandes recursos humanos y materiales. Entre estos recursos se encontraba sin duda una Policía de Seguridad con técnicas altamente sofisticadas para aquel tiempo, y evidentemente para aquel cuerpo la interceptación de correspondencia tenía la eficacia que para nosotros tienen las escuchas telefónicas. (63)

Esto es precisamente lo que hace que, siendo nuestros constitucionalistas de Cádiz o del 37, conscientes de la realidad de este derecho, se nieguen a incluirlo dentro de los catálogos de libertades fundamentales reconocidas por la Constitución. En realidad, se castiga su violación, y por los altos tipos de penas aplicadas constatamos el aprecio del bien jurídico protegido.

En la discusión de Cádiz, no solo en la constitución, sino al referirse a otros temas, se habla y se distingue entre espa-

ñoles y enemigos (sean españoles o extranjeros) y se discute - la conveniencia de no respetar este derecho de un modo incondicionado por las circunstancias de la guerra. La práctica ha conocido en frecuentes actuaciones de la autoridad en este sentido. (64)

Sin bien, llegada la paz, no hubo tiempo material de consolidar este derecho como efectivamente protegido desde el punto de vista procesal, puesto que no es recogido por la ley de infractores de la Constitución, el Código Penal de 1.822 regula las infracciones a este derecho a la inviolabilidad de la correspondencia "con la minuciosidad que le caracteriza e igualmente - con la falta de tecnicismo que le es propia. Distingue dicho - cuerpo legal las infracciones a tal derecho cometidas por los - particulares, de las cometidas por los funcionarios públicos, y dentro de éstas distingue igualmente aquellos supuestos en que el sujeto activo es un empleado de Correos" (65) Nuevamente se plantea aquí la conocida posición de los legisladores del 22, luego no imitada en textos penales posteriores, según la cual se castigaban con especial tipificación los delitos contra los derechos de la persona que cometieran los funcionarios, aunque tales supuestos fácticos no coincidieran con los específicos de abuso - o ampliación de funciones de los empleados públicos.

La práctica de la interceptación del correo fué ampliamente utilizada por los servicios de represión absolutista, y desde - luego, ninguno de los proyectos penales de codificación hasta - el de 1.834 lo considera como constitutivo de una conducta castigable.

La legislación moderada bajo Isabel II resulta enormemente ambigua al respecto. RODRIGUEZ RAMOS, en su trabajo tantas veces citado, afirma que el Código de 1.848 no se refiere directamente a los delitos cometidos por los funcionarios contra el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, y considera encuadrados tales supuestos en el Art. 271 de tal texto en el que se castiga al empleado público que sustraiga o destruya documentos o papeles cerrados que le estuvieran encomendados por razón de su cargo. (56)

La interpretación obvia de tal precepto no hace referencia directa a las conductas contra los derechos fundamentales que nos ocupan, ni siquiera parece que indirectamente pueda referirse a ellas, como supone el autor citado.

La jurisprudencia y la doctrina aclaran que la tipificación aludida hace referencia a otro tipo de bienes jurídicos a proteger, como son la recta conservación de archivos y documentos que por su carácter se atribuyen a especiales funcionarios: Notarios, Registradores, o cualquier otro tipo de fedatarios. Así se deduce de los propios términos de la redacción de la totalidad del título "Infidelidad en la custodia de documentos" (67) y de artículo que incluye como sujetos activos posibles a los "eclesiásticos", incomprensible en la interpretación de RODG. RAMOS. Para mayor aclaración es necesario analizar este precepto a la luz de legislación de menor grado jerárquico, pero que ilumina sobre la conciencia que los legisladores tienen sobre esta violabilidad.

Así, las Reales Ordenes de 25 de Marzo - 14 de Abril de -

1.844, aclaradas por otra posterior de 20 de Abril de 1.846, - estiman como posible la apertura e interceptación oficial del correo a la intimación del jefe político provincial, bajo determinadas condiciones, como es entre otras la presencia del destinatario. Contra sus posibles infracciones, por incumplimiento - de los requisitos -autoridad ordenante no autorizada debidamente o ausencia del afectado- no se concibe una posible reclamación judicial del afectado.

No hay en este sentido una auténtica defensa procesal del derecho violado, y sólo una posible actuación punitiva de régimen interno por parte de la Administración para los incumplidores de estas normas . La indefensión jurídica es patente.

La apertura de correspondencia por particulares no se condena si no es "para descubrir los secretos con la exigencia para el cumplimiento del tipo penal que los divulgue". (Art. 411)

Sólo es con el advenimiento de los modelos democráticos a nuestro país, con la Constitución de 1.869, cuyas declaraciones normativas sobre este derecho fundamental ya conocemos, cuando surge la correspondiente normativa ordinaria o delegada sobre - protección del derecho.

Así la orden de 12 de Marzo de 1.869 establece una serie - casuística de reglas para asegurar la inviolabilidad del correo en el caso de cartas sin dirección. A ello, se une poco después, la taxativa tipificación penal, amplia y técnicamente construída que protege esta libertad.

El Código de 1.870 recoge una regulación que se ha mantenido en sus líneas fundamentales hasta la actualidad, con las tres típicas conductas: detención, apertura y sustracción, referida a los supuestos quizá demasiado específicos de los telégrafos o el correo, que si bien eran justificables en una época de escasa extensión del teléfono, no los fueran después en que el desarrollo de este medio, permitió infringir el espíritu de este precepto por el mantenimiento abusivo de una laguna legal. (68)

En cuanto a los particulares, la tipificación del Art.512 es igual a la formulada en 1.848.

La Constitución de 1.876 recoge en sus supuestos normativos esta disposición, que más tarde habría de completarse con los correspondientes artículos de la Ley de Enjuiciamiento criminal, y el Reglamento de Prisiones.

4.- Derecho a la libertad de movimientos (69)

Las obras literarias del siglo XIX refieren con abundante lujo de detalles el pavor que producía a los complicados en las abundantes conspiraciones de tal siglo una de las prácticas más habituales de los Gobiernos constitucionales más autoritarios: el destierro o confinamiento. Bran las famosas "cuerdas de Filipinas", a las que tan aficionado se mostró NARVAEZ.

Resulta por ello, especialmente significativo el análisis de las concepciones legales de este siglo sobre la libertad de los movimientos para los ciudadanos españoles. A ello, se une el amplio fenómeno de la emigración tan importante para la so-

ciudad y la cultura española.

Son pues los fenómenos de la deportación, estudiados ya - desde otros puntos de vista, los que nos interesa revisar ahora, enfocados desde los conceptos jurídicos de la libertad de movimientos, o mejor de su frecuente violación, tanto en lo que se refiere a la salida del territorio nacional, como al cambio de residencia por razones forzosas.

Al repasar los textos constitucionales, hemos visto que esta libertad sólo mereció consagración constitucional en los textos progresistas, tanto en el de 1.837, como en el no promulgado de 1.856, o en el democrático de 1.869, y su reflejo, el - proyecto de 1.873. La formulación moderada de 1.876 tiene, una serie de matices que ya han sido estudiados en su momento.

RODRIGUEZ RAMOS, en su trabajo, sólo trata del Código Penal de 1.870, como texto que tipifica la conducta del funcionario que destierre a un ciudadano sin las condiciones exigidas - legalmente. (70) La realidad es que los textos anteriores no se refieren a estos específicos supuestos, sino que tanto en el de 1.822 como en el de 1.848-1.850, se habla genéricamente de la - penalidad que se impondrá al funcionario que adopte medidas contra particulares, que puedan considerarse como penas criminales. (71)

La específica mención del Código de 1.870, al que habían - precedido las declaraciones constitucionales ya reseñadas se origina como inmediata reacción a los abusos que en esta materia se produjeron en los años anteriores. La utilización de estas - medidas por los moderados ha quedado, como hemos dicho, como re-

cuerdo colectivo arquetípico del pueblo español.

Existe una curiosa coexistencia, a finales del XIX, que ya pone de relieve RODRIGUEZ RAMOS, entre el Código Penal, que acabamos de reseñar, y la disciplina introducida en la constitución moderada de 1.876, en la que se permitía la posibilidad de un destierro superior a los 250 Kms. a que limitaba el Código, en los casos de destierro por suspensión de las garantías constitucionales. Conocemos sin embargo, cuál es la doctrina aplicable al caso por vía de comentario jurisprudencial, no recogido, sin embargo en el citado trabajo.

La coartación de la libertad de movimientos no sólo se produce en el siglo XIX, como ya se ha indicado, por una legislación y una práctica abusiva de medidas como el destierro, conservada condicionalmente en la época democrática, o la deportación, confinamiento o extrañamiento. Existen también otras medidas, cuya mayor lenidad individual no deja de significar una gran importancia sociológica en tal tráfico personal hacia el interior o el exterior de la nación. Se trata de las medidas de autorización administrativa para moverse dentro del país o salir al extranjero.

Estas medidas presentan además el problema, que no se plantea en aquéllas que son más duras, pero que también sujetas a una protección procesal más eficaz para el posible objeto de la violación. Las administrativas de las que ahora nos vamos a ocupar, pertenecen a una acción discrecional, de modo que sólo en épocas muy inmediatas a nosotros se ha castigado la conducta del funcionario que niega sin razón jurisdiccional la expedición del pasaporte.

El pasaporte se definía como el documento de protección y seguridad con que legitiman su personalidad los viajeros.(72) En su regulación existen varias modalidades históricas a lo largo del siglo XIX.

El pase o pasaporte existe desde antiguo en el territorio español, pero su uso se generaliza, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, junto con la Institución de la Policía de seguridad, introducida por Napoleón e incorporada a diversos países, entre ellos España. (73) A ello se une una generalización de los transportes y los desplazamientos de personas.

La Constitución de Cádiz y toda la legislación concordante con dicho espíritu mantiene la vigencia en el interior de este documento. Es bien conocida la discusión sobre tal materia, relacionada además con la extranjería de los años coetáneos a la Guerra de la Independencia. Asimismo, la legislación de los años 20, y las posteriores a la proclamación de las Constituciones de 1.837 y 1.845 mantienen este mismo régimen.

La primera medida de auténtica liberalización política de los requisitos de locomoción, como se llamaban entonces, son paralelos a la declaración no promulgada existente en el proyecto de 1.856. En efecto, un Real Decreto de 15 de Febrero de 1.854, siguiendo el ejemplo de otros países europeos (Francia, Prusia, Cerdeña, Países Bajos etc.) suprimen los pasaportes y pases, y crean las Cédulas de vecindad, para el tráfico interior manteniéndolo aquéllos para el exterior.

Sólo es en 1.862, en un deseo de simplificar y unificar con

el extranjero la documentación requerida para el tráfico internacional, cuando se suprimen también los pasaportes para el exterior, manteniendo en todo caso las cédulas.

Las cédulas de vecindad eran documentos menos solemnes que al principio de año se distribuían a los cabezas de familia, las necesarias para ellos y para los suyos, con arreglo al padrón - de vecinos (R.O. 15.11.54). Este documento no se entregaba a - los mozos en edad militar, si no era previa fianza que asegurase su presentación al momento de producirse el sorteo del servicio militar. (Art. 3, R.O. 17-XII-62) Más tarde se decretó que ni si quiera cumpliendo este requisito pudieran los hombres de 20 a 30 años obtener la cédula, si no era acreditando previamente haber cubierto la obligación del servicio militar. (Art. 33, L. 11-7-85).

Evidentemente, ésta era una limitación a la libertad de circulación, cuya exácta importancia, como en tantos otros casos no se valora si no es atendiendo a las vías procesales de reclamación que se podían ofrecer a los particulares que se consideraran violados en este derecho a obtener la cédula.

La legislación es clara a estos efectos, y varios posibles intentos de obtención de autorización previa para el enjuiciamiento penal por violación de este derecho con abuso sobre las libertades públicas fueron denegados, porque se entendía que la autorización para otorgar o retirar las cédulas se entendían entre las facultades de las autoridades gubernativas, contra cuyas decisiones no cabía ningún recurso jurisdiccional sino el correctivo del Jefe Político o Gobernador civil correspondiente. (74)

En este sentido se alinea la legislación sobre pasaportes militares, cuya vigencia actual aconseja no hacer comentarios - sobre el mismo, sin perjuicio de indicar que científicamente, - desde el estricto punto de vista de la pura doctrina de los derechos humanos resulta de difícil comprensión.

Junto a esta legislación sobre movimiento en el interior y exterior del país para los nacionales, se encuentra una amplia legislación sobre el mismo tema referido a los extranjeros. Hemos de indicar, aunque sea someramente, la existencia de una - marcada xenofobia tradicional en la realidad legislativa de - nuestro país, por mucho de que tengamos una imagen colectiva - contraria en nuestra propia cualidad.

Los extranjeros en España siempre se han considerado de modo desproporcionado: lo que ha inducido a frecuentes faltas de transparencia en nuestras relaciones con ellos, que ahora no - son del caso dilucidar en su etiología, pero cuya sintomatología normativa es patente.

Pues bien, entre la xenofobia más acusada está la de los - refugiados políticos, como veremos inmediatamente. Así resulta que la difícil autorización para residir en el territorio español para extranjeros, mantenida desde Cádiz, se rompe en 1.852, (75) cuando se dicta un Decreto de extranjería de una absoluta - liberalidad, que se confirma con la supresión ya indicada del - pasaporte de 15 de Febrero de 1.854. Pronto, sin embargo, empieza una dura represión legislativa contra los emigrantes políticos extranjeros, bajo el pretexto de impedir la entrada en el - país, como se señala en la Exposición de motivos de la Real Or

den de 28 de Junio de 1.857, de "ciertos aventureros, fingiéndose emigrados políticos y atribuyéndose falsamente títulos y empleos en ejércitos de otras naciones, que han logrado sorprender la buena fé de algunas autoridades..."

La autoridad gubernativa adquiere desde este momento, con la confirmación de otra Real Orden de 12-26 de Junio del año - siguiente, la discrecional y omnímoda facultad de deportar a - los emigrados de este carácter que no cumplan todas las difíciles condiciones impuestas, entre las que están en muy primer lugar las de orden económico, justificadas con un precepto que es todo un reflejo de la consideración chauvinista de la época "Teniendo presente en todo caso que el Gobierno quiere socorrer - necesidades verdaderas, pero no estimular una viciosidad voluntaria". (Art. 14 de la R.O. últimamente citada).

Tales disposiciones no son alteradas sustancialmente en la época democrática y el cambio de orientación política no origina una actitud a favor de la liberalización del régimen de prófugos políticos extranjeros.

Lo indicado sugiere por otro lado la difícil situación de - tales refugiados, a los que de derecho se les priva de toda defensa jurisdiccional de sus derechos y libertades. Esto exactamente por las mismas razones señaladas anteriormente respecto - de la cédula de vecindad, porque su concesión depende de la discrecional actividad de la Administración, con una única posible reclamación ante la autoridad correctora interna de la propia - Administración.

Este régimen de defensa procesal, se mantiene para la denegación de los pasaportes a los nacionales en el tiempo en el que estos están en vigor entre 1.854 y 1.862, fecha esta última de su total desaparición, en el XIX.

Como última referencia, a la que no podemos dedicar más - atención, por no diferenciarse su régimen procesal del generalmente definido en las líneas anteriores, pero merecedor, al menos de una somera referencia por su significación, es la legislación especialmente represiva sobre los vagos, y sobre los gitanos, equiparados legalmente a aquéllos, por virtud de las descripciones legales de la vagancia, que aparecen calcadas de los datos sociológicos de esta raza, y a cuyo tema dedica, pe. COLMEIRO dos apartados en su obra. (76)

5.- Derecho a la inviolabilidad de la propiedad (77)

La propiedad como derecho fundamental básico de la organización político-social española se vió prontamente afectada por la legislación ordinaria, incluso con anterioridad a la más explícita expresión en las normas constitucionales de los supuestos y requisitos a que estarían sometidos los límites concretos de este derecho.

Tal limitación se concebía fundamentalmente encarnada en la institución de la expropiación. Es ésta, y no el sistema impositivo, la que supone una modificación en la filosofía de la propiedad, que, como veremos, se introduce pronto en España. En ese sentido hemos de corregir y acoger los puntos de vista coincidentes de los tratadistas de estos temas en la época, como son los genéricos COLMEIRO, POSADA, o los más específicos de SERRANO o SOTO

de finales de siglo. (78)

La Constitución de Cádiz, señala la posibilidad de introducir la expropiación por razones de utilidad pública, que se recoge también en los preceptos de la Tabla de Derechos de 1.834. La legislación ordinaria no se enfrenta con este problema sino en 1.834, una vez superado el periodo absolutista en el que incluso se pusieron en práctica medidas como la confiscación de bienes, contrarias al espíritu liberal.

El decreto de 24 de Octubre de 1.834, somete a los Estamentos un proyecto de ley sobre expropiación forzosa, que es aprobado por la Reina el 17 de Julio de 1.836, tras ser ratificado por los dos Estamentos existentes entonces. Y es precisamente este dato, ser regulado por Ley, en cumplimiento de la propia filosofía de la reserva de ley para estas materias, lo que llama la atención. Se va a tratar de la única medida de limitación de los derechos fundamentales que vaya a ser regulada directamente por este tipo de norma. El ejemplo no se siguió en el caso de otras libertades fundamentales de tipo no patrimonial sino mucho más tarde. Cuando éstas lo son, serán los propios principios puestos de manifiesto en ese momento los que orienten la regulación de esas libertades no patrimoniales. Por razones de extensión, no se pueden sacar aquí todas las consecuencias ideológicas de este dato, excepto en la que hace referencia a la construcción de la protección jurisdiccional, que también refleja esta mentalidad.

La ley reconoce en un principio de manera paladina, y no limitada en la regulación del ejercicio de otros derechos, el carácter inviolable de la propiedad privada. (79) y, como consecuencia, las condiciones conceptuales consideradas desde entonces co

mo indispensables para la expropiación. declaración de utilidad, declaración de necesidad, justiprecio y pago previo. Como hemos señalado más arriba se establece asimismo el principio de la reserva de ley, al menos en los casos de que tal expropiación afecte a más de una provincia (Art. 3) y la posibilidad de revisión jurisdiccional del justiprecio (Art. 7), que luego en 1.863 desaparecerá. (80)

Estos principios ampliamente conocidos y a los que necesariamente habrá de hacerse referencia posterior, no sufren modificación hasta el periodo democrático, y en el que respecta a la protección jurisdiccional, que es -como veremos- el caballo de batalla más importante entre los dos tipos de concepciones - se manifiesta la disparidad de juicios en la sumisión total a la vía gubernativa que rige hasta 1.869, (81) o en la preceptiva intervención del órgano jurisdiccional común establecido por esta legislación de 1.869.

Así COLMEIRO, entre otros, después de establecer las principales líneas de "lege lata" sobre la expropiación, termina esta exposición con una sugerencia de "lege ferenda" donde afirma explícitamente que "La expropiación es entre nosotros un "acto puramente administrativo", y sin embargo cuando no hay avenencia, debería abrirse un verdadero juicio. Debería la ley poner al propietario bajo el amparo de los Tribunales, porque si es razón ceder todos o una parte de nuestros bienes por respeto del interés común, no así parece justo otorgar a la Administración facultad para expropiarnos, sin subordinar el ejercicio de este derecho - a garantías particulares amparadas por una autoridad independiente, si no han de ser ilusorias". (82)

Se ha producido este texto, porque resulta enormemente significativo que tal declaración, que tendría aplicación a todo tipo de libertad fundamental, sobre todo a aquéllas de las que hemos llamado de ejercicio voluntario, se haya circunscrito al tema de la propiedad, y que sea precisamente el aspecto de la garantía jurisdiccional la que más preocupe al tratadista.

En atención a esta preocupación, general ya que para los hombres de mentalidad democrática en el 68, se produce poco después de la aprobación de la Constitución del año 1.869, en la que como sabemos se introduce el término "mandamiento judicial" como legitimador de la adopción de la medida, la sumisión en todo caso a la posible cuestión contenciosa ante los tribunales ordinarios. Es la famosa ley ECHEGARAY de 12 de Agosto de 1.869, (83) aclarada extensivamente después por la de 3 de Julio de 1.872, (84) del mismo Ministerio.

La Restauración introduce en el texto constitucional las salvedades, que hemos mencionado ya en el correspondiente tratamiento de esta materia en su regulación fundamental, y de acuerdo con ese espíritu, en 3 de Febrero de 1.877 se restablece la legislación, que sobre expropiación forzosa por causa de utilidad pública, regía antes de la publicación del Decreto de 1.869, y en la que precisamente se menciona la derogación que por virtud de la Constitución de 1.876 se produjo de las normas ordinarias que exigían la intervención del juez, tanto en la declaración por mandamiento de la utilidad pública, como en el establecimiento del justiprecio.

Sin embargo, poco después, aparece la ley sobre expropia-

ción forzosa del Ministro QUEIPO DEL LLANO, en la que se regula la posibilidad de que sólo de modo residual pueda haber un acceso a la autoridad jurisdiccional. (86)

La realidad es que el acceso a tal autoridad se limitaba - a la jurisdicción contencioso-administrativa con las peculiares características, que luego serán examinadas y que consagran de modo genérico la limitación al auténtico derecho de acceso a - los Tribunales. En esta línea regresiva ya se había manifestado una de las más progresivas instituciones municipales procesales, que también serán examinadas posteriormente, como es el ejercicio de la acción popular por expropiaciones de bienes comunales o municipales, y la limitación de la legitimación a la autoridad del alcalde, fiel reflejo del poder central.

Lo que no cabe duda, a la vista de todos estos antecedentes, es que la especial regulación del recurso contencioso-administrativo tiene en estas materias su real causa. La Administración - mantendrá sus fueros y sus específicas inmunidades, que prácticamente la convierten en un ente dotado de privilegios jurisdiccionales muy superiores a los de los particulares.

Naturalmente, junto a la legislación administrativa, que como vemos ha dejado amplio campo en el siglo XIX a la actuación - limitativa de la inviolabilidad del derecho de propiedad por la Administración, se encuentra la protección penal específica contra las expropiaciones ilegales, cuya regulación viene unida a la de las exacciones fiscales igualmente ilegales.

Tanto en los Códigos de 1.822, como en el de 1.848-1.850 se trataba el segundo de los problemas, englobando en ellos los re

ferentes a la legítima enajenación forzosa. (87) Es el Código - de 1.870 el que por primera vez se refiere a la expropiación - sin mandamiento judicial como conducta penalmente tipificada, que se ha mantenido hasta hoy. (88)

Este precepto se mantiene bajo la Constitución canovista con la consiguiente consideración de que se producía una modificación en los supuestos de ilegalidad, pues la ley no exige la existencia del mandamiento, produciéndose la derogación "virtual" ya señalada.

6.- Libertad espiritual

Tratamos a continuación una serie de libertades fundamentales, que también forman parte del entorno de autonomía de la persona humana, y que le son inherentes por el mero hecho de ser persona, sin que sea necesaria una opción positiva en el sentido de poner en acto dichas libertades, para que el Estado o los particulares tengan la obligación de garantizar el libre desarrollo de tales dimensiones humanas, porque en todas ellas se dan.

Ya hemos esbozado que esta clasificación tenía incidencia en el tipo de protección que les es debida. Protección que debe estar actualizada en todo momento, sin que preceda ninguna necesidad de actividad positiva, como vimos que ocurría con otras que serán objeto de un examen posterior, y que significan una decisión positiva de la voluntad para ejercitarlas.

La opinión y la religión son fenómenos anejos a la entidad

espiritual del hombre. Y todo hombre por el mero hecho de serlo goza de la actual posibilidad de tener una u otra, o no tener ninguna, y esta triple posibilidad debe estar protegida por el Derecho.

Lo que más llama la atención en el siglo XIX, es que no se llegara, como se ha visto en la exposición de las bases constitucionales de estas libertades, a una clara conceptualización de estas libertades, que se subsumían equívocamente bajo las más llamativas de la libertad de imprenta o libertad de cultos, que son los aspectos externos, y por lo tanto encuadrables dentro del segundo tipo de libertades que hemos delineado como de ejercicio voluntario.

Este aspecto espiritualista prodría parecer que escapa a la consideración de los legisladores, porque -como quizá afirmara un analista menos profundo- no se le daba real importancia, ante la preocupación de legislar sobre sus aspectos más externos.

La realidad deducida del estudio de los textos, es muy otra. En realidad a lo largo del siglo XIX no existió una auténtica libertad de conciencia, y eso se reflejó necesariamente en el tratamiento de la exteriorización de estas libertades.

Como veremos cuando estudiemos el marco en el que, en el siglo XIX, se movieron las libertades de imprenta y de cultos, veremos que en ambos casos se señala una especie de barrera ideológica que delimita los campos dentro de los que se pueden mover tales libertades. Este marco no se limita por las condiciones generales válidas para otros derechos fundamentales en aquel tiempo, como son el abuso, el derecho ajeno, unos mínimos comunes -

denominadores éticos, o un problema de bienestar y orden externo público, sino por unas pautas mucho más concretas de tipo ideológico.

Así, la doctrina o la pura ideología, aunque sea simplemente profesada sin más ánimo de apología o proselitismo, y que no coincida con la oficialmente establecida se considera como típicamente penalizada, y así lo vamos a ver.

En este análisis, se va a centrar la cuestión de la opinión política, y la conciencia religiosa, por razones históricas obvias.

a) Libertad de opinión (89)

En el siglo XIX, la secularización de la conciencia en España no había llegado a una madurez congruente con los tiempos. Cuando de opiniones se habla en este siglo, hay que referirse necesariamente a las políticas. Sobre las filosóficas, antropológicas, científicas existe todavía la pesada esclavitud de la servidumbre a la teología. Las ideas políticas son las que antes logran zafarse -en las mentalidades más abiertas naturalmente- de esa servidumbre. Este planteamiento, al que se puede llegar con un simple análisis de las discusiones culturales de aquellos tiempos, hay que tomarlo como hipótesis de trabajo, suficientemente fundada, pero que sus últimas argumentaciones escapan de la anturaleza de este trabajo.

En este apartado, nos vamos a enfrentar, así pues, con la protección procesal que los textos legales otorgaron en el siglo XIX a la libertad de opinión política.

El resultado que podemos anticipar de este análisis es que no existió propiamente libertad, por lo menos hasta una época - muy tardía del siglo, y durante muy poco tiempo. La generalidad de los textos legales imponen una obediencia de juicio a la estructura política española, tal y como está reflejada en los - textos fundamentales: la crítica a las instituciones más importantes no se admiten de ninguna manera. La Monarquía, la Constitución, el Gobierno, los poderes fácticos se colocan por encima de el ámbito de crítica, incluso la no injuriosa, y la extralimitación que pueda producirse en estas materias es ampliamente castigada en la casi totalidad de este siglo.

La legislación sobre esta materia está ampliamente estudiada por un trabajo de tesis doctoral, ya citado en nota (39) de la Doctora FIESTAS LOZA, cuyas importantes aportaciones van a - ser muy tenidas en cuenta en este trabajo, aunque alguna de sus apreciaciones no coincidan exáctamente con las que aquí se sustentan.

Los constitucionalistas de Cádiz sabían muy bien las dificultades que en España se iban a encontrar con la gran revolución que, sin duda alguna desde arriban, estaban implantando. Como en todo régimen recién instaurado en medio de las grandes dificultades de hecho con las que se encontraban, plantearon de inmediato una ley de infracciones de la Constitución.

Esta ley de 1.813 planteaba también las cuestiones sobre - las opiniones respecto de la Constitución, la división de poderes, la Monarquía, Las Cortes, el Gobierno, la política internacional e interior, etc.... Como afirma con toda corrección FIESTAS, existe en los padres de Cádiz, una preocupación de matiz,

precisamente para no tipificar conductas de intención u opinión contrarias al orden establecido, con tan grandes dificultades. (90)

Reiteradamente se habla en la ley de "conspiración directa y de hecho", que trata de penalizar los intentos de modificar fácticamente y por, la vía de la fuerza los supuestos políticos adoptados en Cádiz, por la "representación nacional". (Art. 2, 3 y 11)

Junto a esta matización tan acertada, los legisladores de Cádiz se cuidaron rápidamente de establecer un sistema procesal para el enjuiciamiento de los infractores de esta Constitución. Esta organización procesal, en la que se daba una atribución jurisdiccional a las Cortes, será objeto de análisis posterior y a las conclusiones que de él se puedan extraer, me remito ahora.

El Trienio Liberal, que estudiamos sin solución de continuidad con la primera etapa liberal por su evidente conexión, no mantiene esta pureza normativa alabada. Efectivamente, y éste es uno de los puntos negros de aquéllos políticos, cuando en 1.821 se publica una nueva ley de infractores de la Constitución, introduciendo algunos artículos atentarios contra la libertad de opinión política, que quizá el excelente trabajo de la Dra. FIES TAS no ha valorado en su justa significación. (91) Efectivamente, en el Art. 6º de tal ley se dice expresamente, alterando los supuestos de 1.813 y los que luego se van a desarrollar en otras normas, que no sólo es reo de subversión, el que "directamente y de hecho conspire" contra la Constitución, sino también el que - "de palabra o por escrito propagase máximas o doctrinas dirigidas

a destruir o trastornar la Constitución, la Monarquía constitucional o la religión del Estado...."

Lo que evidentemente trata este precepto, que se repiten - en el Código Penal de 1.822, sin la mención del inciso, "aunque no incurra en la conspiración directa y de hecho..." es evitar cualquier opinión contraria al "status quo" fundamental político. No es fin de esta trabajo dilucidar las razones que llevaron a los legisladores del Trienio Liberal a extremos de esta importancia. Podemos aventurar que las dificultades pasadas, y las que en el porvenir podrían advenir, pesaron decisivamente - a la hora de plantear estas tipificaciones delictivas, con las extremas penas anejas.

Junto a este evidente problema de tipificación penal, se encuentra otro aún más grave, y es el del tratamiento procesal de tales delitos. Como vamos a ver sólo se viola legislativamente una libertad fundamental, sino que además se arbitra un instrumento procesal falto de toda garantía, y lleno de inconsecuencias jurídicas. Es la ley de 17 de Abril de 1.821 sobre penas a los conspiradores e infractores de la Constitución. La tesis de FIESTAS vuelve a incidir en este aspecto en el olvido, de que esta ley procesal penal de excepción se aplica no sólo a los - propiamente "conspiradores", sino también a los que "infrinjan la Constitución", dentro de los que se encuentran los que "opinan" en contra de ella.

La exposición de motivos plantea la primitiva idea de que fueran los "juzgados de hecho", esto es "los jurados", los encargados de enjuiciar estos delitos, para responsabilizar a los ciu

dadanos en estas tareas de defensa de la Constitución: "al juicio imparcial de los mismos ciudadanos interesados en reprimir los crímenes graves y las maquinaciones contra el Estado". Sin embargo, no estima que haya llegado el tiempo del sosiego que exigen estas innovaciones, y lo que hace, con grandes declaraciones de la necesidad de la defensa de la Constitución por medios que "aterren" (sic originalmente) a los malvados, es mantener la jurisdicción militar sobre los delitos que supongan una cierta resistencia a las armas, o una intervención de tal autoridad por razones de especial encomendación de la tarea de persecución de estos individuos.

Hay una norma de curiosa factura que reserva para los miembros y oficiales de las Milicias Nacionales el enjuiciamiento, en consejo de guerra, de estos delitos, cuando hayan sido exclusivamente los miembros de estas Milicias los encargados de su detención.

Por lo que se refiere a los demás supuestos añadiremos que no se caracterizan precisamente por la tipología del delito que se persigue, sino por la autoridad encargada de su represión y atribuyen a la jurisdicción ordinaria su enjuiciamiento con suspensión de todo otro fuero. En realidad, pues, los llamados "delitos de opinión" podrían ser sometidos perfectamente en el Trienio Liberal a los Consejos de guerra.

Para las que habían de conocerse por la jurisdicción ordinaria, se produce una significativa reducción de los plazos, - con un término fijo para la redacción del sumario, en el que no se permite intervención alguna al presunto reo. La opinión de -

CALATRAVA en la discusión de esta ley es absolutamente contraria a tales medidas. Y es su voz la única, que con la de CÁNEDO (que se eleva contra la sumisión de determinados delitos a la jurisdicción militar), la que se opone a esta ley, que es la primera sobre la misma materia en el Trienio. (Sesión de 10 de Abril de 1.821)

Al año siguiente (31 de Octubre de 1.822) se dicta una ley especial para conspiradores que es una auténtica suspensión de "Habeas Corpus". (92)

Nos hemos referido ya a los arduos esfuerzos que Federico - SUAREZ, y sus discípulos de la Universidad de Navarra han desplegado para aliviar la memoria histórica de Fernando VII en sus dos épocas absolutistas.

Si en alguna materia esto es de especial significación, es en lo referente a los delitos llamados de opinión. Como se sabe la legislación punitiva y procesal de aquella época persiguió - con implacable rigor no sólo a aquéllos que se habían distinguido por su efectiva participación en la introducción del nuevo - régimen en España o de su restauración, sino también en los que simplemente habían manifestado una opinión coincidente con las "tenebrosas" ideas liberales, o incluso habían dejado descubrir indicios de tal ideología.

A este respecto nos tenemos que referir necesariamente al - trabajo ya citado de FIESTAS LOZA sobre la materia, que refiere la legislación sobre las Comisiones Militares, etc.... incluida la amnistía de 1.824 en la que expresamente se excluía a los - odiados liberales, así como la restauración de la normativa del

antiguo régimen sobre esta materia. (93)

No creo que resulte arriesgado, ni acientífico señalar una vez más que en este momento, ni la doctrina, ni la práctica jurídica contuvieran en la España absolutista el menor respeto - por los derechos fundamentales.

Con la Regencia de María Cristina, comienza en España una nueva época de mayor liberalidad para los que sustenten opiniones distintas de las establecidas políticamente. Ya el proyecto de Código Penal de 1.834 significa un avance en el tratamiento de estas materias. En Octubre de 1.833 se había dictado un indulto a los emigrados y desterrados por motivos políticos, que anticipa las prescripciones de aquel texto penal, que no tipifica como delitos públicos la simple exposición, sin incitación a la rebelión, de doctrinas que no sean exactamente las mantenedoras del orden político establecido, (94) indudable, aunque aún de poca importancia práctica a este respecto.

A partir de este momento los textos legales no va a preocuparse de otras conductas que no sean las que específicamente traten de conspirar de modo directo, y eficaz contra las instituciones. Se van a producir actuaciones en virtud de legislación anterior a Cádiz, o incluso en virtud de la ley de infractores de la Constitución, que habría de continuar en vigor hasta 1.848 - por delitos de opinión efectivamente, pero ya dentro de la normativa relativa a la Imprenta. Es este el fenómeno que realmente constituye la bestia negra de todos los gobiernos de la época, sean progresistas o moderados. La imprenta y la Prensa son desde luego los enemigos a batir. La mera opinión, como tenencia de -

ideas no manifestadas por estos medios, ni implicada en un alzamiento armado, tan frecuente en esta época, no constituirá conducta perseguible, a pesar de la vigencia del Art. 6º de la ley de infractores. (95)

b) Libertad de conciencia (96)

Muchas de las consideraciones realizadas en el capítulo inmediatamente anterior tienen perfecta aplicación a las enormes limitaciones que durante todo el siglo XIX se pone, no sólo a la práctica externa del culto, sino incluso a la profesión de -fé exteriorizada de algún modo, aunque no sea el apologético, o por medio de la Imprenta, que al parecer de la época supone una especial perseguibilidad.

El tratamiento de las conductas contrarias a la doctrina católica romana se plantea en un principio como ataque a los su puestos políticos de la Nación. El delito de opinión religiosa se tipifica, persigue y castiga como un delito político. Solo - será a partir de 1.848, cuando se producirá una tajante separación entre los dos tipos de conductas penales, las ideológicamente políticas y las ideológicamente religiosas. El problema es - que la consecuencia de esta distinción acarreará para los condenados por las segundas la imposibilidad de gozar de los indultos políticos, y por tanto su situación será especialmente perjudicada.

Por lo demás puede establecerse que hasta 1.869 no hubo en España auténtica libertad religiosa, y que cuando se introdujo - una cierta tolerancia religiosa, este concepto no significó real

mente sino lo que literalmente dice, puesto que en todo caso, y sobre todo en la época canovista, que presumió de esta intróducción, se exigía un "respeto" a los no católicos a las prácticas católicas, que más que respeto era, como veremos, sumisión, con la interpretación jurisprudencial restrictiva de los correspondientes preceptos sobre la materia.

La legislación de Cádiz es especialmente severa con las - cuestiones religiosas. En este punto sabemos que existió una - dura polémica con ocasión de la aprobación de los correspondientes preceptos constitucionales, y el triunfo de los sectores más confesionales fué total.

Para captar exáctamente este espíritu es necesario analizar otras leyes sobre la materia. Así la ley de infracciones de la Constitución, confiere el mismo tratamiento de traición, con la penalidad de muerte correspondiente, al que trata de sustituir la Religión Católica, (97) con una redacción paralela a la que se refiere a la sustitución de la Constitución. La realidad es que el famoso triunfo de los clericales contra los liberales fué aprovechado en toda su extensión. (98) Y precisamente porque el situar paralelamente a la Constitución con la Religión significó una desigual punitividad para una actividad puramente ideológica -cambiar la religión- frente a la necesidad de acción violenta y revolucionaria, en definitiva de alzamiento de armas, que necesariamente implicaría el cambio de la Constitución.

Sin embargo, esta línea ideológica se mantiene a lo largo - de todo el siglo, el poder fáctico eclesial es enormemente temido por los renovadores políticos de todas las épocas en España,

y así se manifiesta en multitud de ocasiones.

No sólo fué aquel momento en el que se manifestó la supremacía de los clericales y el absoluto control que tenían de la situación. En otros se va a manifestar también en los que la - excepcionalidad de trato que se concede a lo religioso.

Uno de los objetivos más queridos por los liberales era la abolición de la Inquisición. Formaba parte de los propósitos más generales de todos los sectores ilustrados o liberales de la época. Pues bien en esta materia también los clericales imponen un criterio restrictivo, concediendo hábilmente una aparente victoria de los abolicionistas de esta institución. La Inquisición - se abolió efectivamente, pero se mantuvieron los tribunales metropolitanos de fe, y se estableció una medida renovadora, una vez conseguida la legalidad de toda la posible represión contra las doctrinas católicas romanas, legalidad mantenida en España hasta el Código Penal de 1.870, y es el instrumento de la acción o acusación públicas.

Efectivamente, el Art. 4º (99) del Decreto de abolición de la Inquisición de 22 de Febrero de 1.813 -decreto por lo demás tan alabado, pero tan poco estudiado- afirma expresamente que - "Todo español tiene acción para acusar del delito de herejía ante el Tribunal eclesiástico..." Hasta aquí el precepto podría parecer un ejemplo más de la "delatio", que por su redacción pudiera resultar interesante, a los efectos de constituir un antecedente del derecho genérico de acceso a los Tribunales. Pero - es que el precepto continúa: "... en defecto de acusador y aún cuando lo haya ..." y su tenor si no constituye un acabado ejem

plo de la acción pública, ha puesto todos los elementos que - pueden fundamentar a la mayor rapidez tal institución.

Junto a este instrumento se establece otro y es la división de la actuación puramente penal estatal contra los delincuentes por herejía, en dos momentos, de modo paralelo a como se va a - hacer después con los temas de inconstitucionalidad. Efectivamente, si la acusación fuera delito que debía ser castigado por la ley con pena corporal, y el acusado fuese lego, puesto que aún subsistían los fueros exentos, "el juez eclesiástico pasará a testimonio del sumario al juez respectivo para su arresto y este le tendrá a disposición del juez eclesiástico para las demás diligencias, hasta la conclusión de la causa, y fenecido el juicio eclesiástico" (auténtico juicio, no lo olvidemos, para la mejor clarificación de este peculiar doble conocimiento en los delitos constitucionales) "se pasará testimonio de la causa al juez secular, quedando desde entonces al reo a su disposición para que proceda a imponerle la pena a que haya lugar por las leyes". (Art. 6º) En realidad, y para los efectos procesales que son ahora los que nos interesan, no acertamos a comprender qué es lo que - los políticos de entonces y los tratadistas modernos entienden - por abolición de la Inquisición.

Junto a la privilegiada situación de la Religión Católica - en esta materia, se unen también, en el periodo liberal de Cádiz, las peculiares atribuciones de las Juntas censorias para materias religiosas, establecidas en la ley o decreto de libertad de Imprenta, y que en parte ha recogido la Constitución. La previa censura, que se abole en el Decreto de 1.810 se mantiene con plena integridad para los escritos religiosos bajo los ordinarios, se-

gún lo establecido en el Concilio de Trento, (100) inciso éste - que pone de manifiesto por si había alguna duda el carácter de la censura-. Es tan importante esta institución de la censura para los escritos religiosos, que el decreto intenta establecer algún medio de recurso contra estas medidas, sin que por los - clericales se conceda tono jurisdiccional a tal recurso y los liberales no puedan arrancar más que un tímido "segundo dictámen" del Obispo Censor, que en todo caso sería inapelable. (101)

Resulta altamente significativa la exactitud de la comprensión de los fenómenos jurídicos por parte de los clericales, hábiles canonistas y hombres duchos en estas materias jurídicas. Es el proceso, los mecanismos de recurso y legitimación los que procuran mantener a toda costa a su favor: la casi-acción pública, en realidad un mecanismo de "delación" más desarrollado, y la inapelabilidad del juicio del Ordinario, por mucho que la actuación de la Junta Superior de censura solicite nueva revisión, son las alternativas pausibles para ellos a una medida, que para algunos podía parecer revolucionaria, pero que no lo fué tanto desde el punto de vista ideológico. Con la abolición de la - Inquisición, desaparecieron efectivamente algunos cargos públicos, algunos bienes o edificios, pero la pureza de la doctrina seguía en las mismas manos y con los mismos antijurídicos procesos.

En el periodo anterior, del trienio, (102) los planteamientos no van a modificarse esencialmente, con la agravante ya señalada del Art. 6º de la ley de infracciones, en la que no sólo se castiga como delito de traición, el intento de modificar la religión de la Monarquía, sino cualquier manifestación contraria a tal Religión. (103) En realidad los instrumentos se han

cerrado en torno a la confesionalidad católica, y la victoria clerical es total. De este modo resulta estremecedor el catálogo de penas que el Código de 1.822 reserva para la variadísima gama de conductas penalmente tipificadas como punibles en torno a la religión católica, encabezadas por la pena de muerte - contra los que conspirasen directamente para sustituir la religión católica por otra en este país. (104) El comentario insinuado antes en torno a la desproporción de la conducta incriminada de carácter esencialmente ideológico y la penalidad atribuida, vuelve a destacarse en este momento.

La reacción absolutista de Fernando VII intentó mantener - la justificación del respeto político a las costumbres tradicionales españolas, y la novedad inaceptable puramente mimética - que representaba Cádiz. A este fin las famosas diatribas contra la Constitución de Cádiz, buscaron el apoyo justificativo de la defensa de la Religión, que según sus doctrinarios había sido - escarnecida y menospreciada en Cádiz, o luego en el Trienio. En realidad, la justificación buscada era muy pobre, y la Religión no podía haber sido tratada con mayor esmero en estas épocas.

Muy al contrario, en nombre de la Religión Fernando VII - comete las mayores tropelías en sus dos épocas absolutistas. Son precisamente razonamientos de índole fundamentalmente religiosa los que justifican la represión contra los liberales, y - su exclusión de las medidas de amnistía del año 24. (105). El concepto teocrático de la soberanía y la justificación teológica de la Monarquía son los quicios sobre los que se apoyan todas las disposiciones contra los liberales. Naturalmente se so

breentiende que ninguna razón asiste a los que intentan mantener doctrinas contrarias a la Religión Católica, perseguibles específicamente por el Tribunal de la Inquisición que se restaura desde 1.814.

El periodo de la Regencia, antes de la sublevación de la Granja, que, como hemos visto, atenúa la acción represora contra los liberales, permitiendo su vuelta a España y beneficiándose de algunas medidas de suavización, no alcanza en manera alguna a los que plantean críticas a la Religión. Como característico se encuentra el proyecto de Código Penal de 1.834, (106) en el que se castigá como reo de traición "contra la Religión" al que simplemente trata de introducir otra en España, con la pena de muerte. Ya no es sólo que tal pena se aplique a los que tratan de sustituir esta religión por otra como propia de la Nación, si simplemente el hecho de intentar algún dogma de la Católica. La pura permanencia a otras "sectas" es castigada con penas de reclusión de cuatro años, etc., etc. en una larga serie de conductas incriminatorias.

La Tabla de Derechos como hemos visto no significa ninguna suavización de este espíritu, y es más, la primitiva redacción del correspondiente precepto es corregida en el Estamento de procuradores de un modo más acorde con la ortodoxia reinante.

En todo caso, hasta 1.848, sigue vigente la ley de infracciones de la Constitución con plena vigencia del Art. 6º ya mencionado.

La sublevación de la Granja abre paso a un nuevo periodo, -

en principio progresista, pero luego asumido por los moderados, bajo los nuevos preceptos de la Constitución de 1.837, que respecto de la Religión Católica introduce una visión más sociológica. Se afirma en tal texto que la Religión es la "que prefesan los españoles" sin especial mención a la oficialidad por parte del Estado de tal profesión. Lo que ocurre es que, como señala FIESTAS, la plena vigencia del Art. 6º ya citado, confiere al precepto constitucional un tono muy diverso del que pretendían los progresistas. (107)

De este modo, con la llegada de los moderados regresivos - al poder en 1.845 se modifica la Constitución, y en el aspecto religioso se vuelve a la confesionalidad explícita de la Religión Católica.

En esta línea, en el Código Penal de 1.848, los delitos contra la Religión se penan muy fuertemente, entendiendo por tales, como dice PACHECO y recoge FIESTAS, los ataques directos que por cualquier medio se hicieran "contra su dogma", y añade un extremo que curiosamente va a tener gran influencia en todo el siglo, esto es, "que cualquier otra actuación supondría dejar sin sanción la intolerancia". (108) El concepto de tolerancia se convierte en un decidido instrumento en favor de la Religión Católica. Son intolerantes los que no respetan la conciencia católica, sin que exista por así decirlo, reciprocidad conceptual - en esta materia. La tolerancia beneficia legalmente como concepto sólo a los católicos, y en virtud se obliga a un cierto acatamiento externo de sus normas, credos y dogmas a los que no participan de los mismos sentimientos religiosos.

La jurisprudencia, más abundante de lo que se pudiera sospechar a primera vista, abona esta curiosa estimación, que permanece - hasta finales del siglo.

Por otro lado, resulta interesante subrayar, como lo hace FIESTAS, la nueva impostación de estos delitos, por obra de la doctrina de PACHECO, que los independiza de los políticos, con una consecuencia negativa para los condenados con arreglo a esta tipología. (109) Efectivamente, en los indultos y amnistías concedidos entre 1.848-1.868 no hay la más pequeña referencia - a los reos de tales delitos.

En este punto, el Concordato de 1.851, cuya formalización fué objeto de tantas y tan confusas presiones, consagra la primacía de la Religión Católica. En el Art. 1º se afirma tajantemente la confesionalidad del Estado Español, con exclusión de - cualquier otra religión.

Frente a esta situación que el moderantismo impone en España hasta 1.868, el nuevo advenimiento al poder de estas doctrinas de la mano de CANOVAS, supone una modificación de estas actitudes. La revolución democrática ha significado en estos - aspectos, y en otros muchos ya indicados más arriba, una cierta asunción de pautas de conducta política que suponen la impresión de que existe una cierta preocupación por conservar, al menos - formalmente, las conquistas liberales.

El concepto que se preconiza desde el poder para las cuestiones religiosas es el de "tolerancia". Así se ha caracterizado a la época canovista. Existe una tolerancia para la pura idea

lidad de la confesión privada de otra religión, sin permitir ni siquiera una sombra de incidencia exteriorizada de tal confesión. El cinismo de emplear tal concepto es evidente: la tolerancia es un concepto que significa la permisión de una conducta con incidencia social. Si tal conducta no se exterioriza en modo alguno, no es necesaria la tolerancia, no hay ocasión de ejercerla, y en estos casos se convierte en un concepto vacío.

Pero como legalmente está formulado, se confirma aquella curiosa interpretación, procedente de tiempos anteriores (de -PACHECO) de que la tolerancia, que de hecho no puede ejercitarse en favor de quien no exterioriza en absoluto su confesión, debe aprovechar a los católicos cuanto ésta incide, en actos sociales en los que están presentes no católicos. La jurisprudencia nos confirmará este extremo "no tolerantes" las actitudes p.e. de quien no se descubre al paso del Santísimo Sacramento, por no ser católico. (110)

En ese sentido la R.O. de 23 de Octubre de 1.876 que consagra la libertad religiosa, pero no la libertad de cultos, que sirve de marco para interpretaciones jurisprudenciales muy restringidas -como tónica general- (111) y algunas medidas reglamentarias de mayor amplitud, como la Orden de 10 de Junio de 1.910, dependiendo de la significación política de quien sea en el momento el Gobierno legislador.

Frente a esta actitud, más bien farisaica, o por lo menos de mera guarda de las apariencias democráticas, se encuentra la explosión liberalizadora de la revolución de 1.868. Precisamente como se puede rastrear en los escritos de la época, tanto -

literarios como políticos, la libertad de cultos -ya se distingue con agudeza donde está el auténtico problema- se plantea como una bandera revolucionaria. (112)

Conocemos las agotadoras sesiones que sobre la materia religiosa se produjeron con ocasión de la discusión de los proyectos constitucionales de 1.856 y 1.869. En nada se parecen tales discusiones a las de 1.876.

Resulta significativo analizar los supuestos penales del Código de 1.870, que constituye una auténtica revolución en la materia, con una transformación total de los supuestos vigentes hasta entonces. Junto a ello habrá de examinar la coexistencia de estos preceptos con la ya conocida versión constitucional de 1.876, tan tontraria a la ideología del señalado Código.

"El Código del 70 difiere totalmente a este respecto" -en palabras de RODRIGUEZ RAMOS-" a los dos anteriores." (115) En primer lugar la sistemática es algo distinta de la actual. Los artículos referentes a la religión son encabezados por el epígrafe "Delitos relativos al libre ejercicio de los cultos" lo que nos orienta sobre su contenido y funcionalidad". Se considera, por primera vez en la historia legal de España, a la religión como un derecho subjetivo que se pretende proteger penalmente", lo que en cierto modo justifica su inclusión dentro del capítulo relativo a los "delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los particulares reconocidos en la Constitución" (114) Por otra parte la Iglesia Católica no obtiene trato de favor en esta regulación penal".

La aplicación de este Código no tuvo problemas en la época

democrática, pero observando la tipificación de conductas, muy diferentes a los Códigos anteriores, resulta muy complicada bajo la Constitución de CANOVAS. Así vemos que se pena forzar a los ciudadanos a ejercer actos religiosos o a asistir a funciones de culto que no sea el suyo, impedir a un ciudadano practicar los actos de su propia religión, forzarles a asistir a los actos de culto de su propia religión, observar las fiestas religiosas de su culto y forzarles a observarlas o impedir que las observe, impedir los actos de celebración de los actos de cualquier culto, ultrajar o escarnecer a los ministros, dogmas o ceremonias de cualquier culto, etc...

¿Qué ocurrió bajo CANOVAS con los preceptos del Código? - nuevamente se produce aquí la consideración jurisprudencial de que las normas constitucionales, cuya alegación directa se prohíbe, cuando son alegadas por los particulares, han derogado los preceptos de las leyes ordinarias contrarias a sus prevenciones. Y al mismo tiempo, la aplicación de estas normas se hace selectiva a favor de la Iglesia Católica. Las implicaciones de esta especial eficacia de las normas constitucionales no deja de producir la sorpresa de que nos hemos hecho eco a lo largo de este trabajo. (115)

La conclusión que podemos deducir de todo lo dicho es la confirmación de cuánto se había anticipado al hacer la enumeración y análisis de los preceptos constitucionales sobre la libertad religiosa. No existe en España, más que en el corto periodo que va de 1.868 a 1.873, la autenticidad de una práctica y una doctrina legal que consagre tal libertad como derecho público subjetivo. Es ésta una lacra de todo el amplio espectro

de normas legales progresistas hasta tal fecha. La resistencia del poder fáctico eclesial es bien patente, y su ruptura costó no solo sangre, sino la dejación ideológica de muchos de los - supuestos básicos de los liberales a lo largo de todo este siglo.

7.- Libertades de ejercicio

De acuerdo con la tipificación más arriba justificada, tratamos bajo este epígrafe toda una serie de derechos subjetivos públicos, cuyo ejercicio supone una actuación positiva voluntaria, y que son fruto de una decisión que no en todos los casos es asumida por los ciudadanos.

Como se ha dicho, en las libertades reaccionales el Estado debe proteger una esfera concreta de acción que viene determinada por la propia naturaleza del existencial jurídico-Político que se trata de proteger. En los que a continuación vamos a examinar, lo primero que ha de realizar el Estado es definir legalmente el ámbito o la esfera de acción, y luego organizar la actividad de los ciudadanos dentro de esa esfera.

Naturalmente, con ello las posibilidades de intervención son mayores, y mayores los peligros de violación de los derechos. Coincide además la circunstancia de que estas libertades son más operativas y tienen una mayor incidencia en el campo de la esfera política . Suponen un efectivo límite a la actuación del Estado. Por eso, éste regido por cualquier ideología, va a cuidar con mayor esmero que no sobrepasen las fronteras, que según su propio proyecto político ha establecido para la iniciativa particular. Las normas procesales por ello mismo son mucho más precisas y las prevenciones frente a los posibles actos de reclama

ción, más cuidadas, porque dos son los puntos en que estas libertades pueden plantear problemas procesales al Estado. Ya no será sólo la cuestión de la protección penal de las conductas atentatorias contra estas libertades naturalmente definidas si no, y esto es lo más grave, las tendentes a impugnar precisamente los límites de su ámbito, que vienen determinados por el Estado. Veremos pues que existen normas penales, pero también normas administrativas que afectan directa e inmediatamente tales libertades.

Al tratarse esta tesis de un examen de la específica protección procesal, se impone una clasificación de los derechos de acuerdo con este objeto formal. En todo caso no es este trabajo el que primero ha adoptado esta clasificación ya defendida con anterioridad por autorizados tratadistas de la materia.

a) Libertad de expresión e imprenta (116)

Hemos de confesar al comenzar el tratamiento de esta materia que puede ser excesiva la tarea de resumir, en el espacio que supone una mínima parte de este trabajo la amplísima legislación sobre esta materia, que además ha sido objeto de tratamiento de excelentes monografías.

Sin embargo, su existencia y valoración puede permitir, - quizá en este caso, ceñirse con mayor precisión al aspecto que específicamente es objeto de este análisis: la protección procesal, dando por supuesto las consideraciones políticas o jurídicas, pero de otro orden, que han sido subrayadas por aquellos trabajos.

A ello, se une la constatación establecida de antemano de que en esta materia, más que en ninguna otra, los diferentes - puntos de vista sobre la regulación de la libertad han incidido con mayor agudeza en aspectos procesales, como instrumentos altamente eficaces para la configuración más amplia o más restringida del ámbito de esta libertad. Como veremos, no es sólo el Jurado, al que se ha hecho ya referencia, un síntoma de esta significación, sino otros muchos temas, en los que tiene un especial relieve cuál es el órgano ante el que pueden plantearse las reclamaciones o el peculiar régimen de legitimación en la acción legal que se establece en este tipo de libertad.

Trataremos pues en este tema de las acusaciones procesales y jurisdiccionales referidas a la represión de las conductas - contrarias a lo que se establece que es la libertad de imprenta, que no diferirán mucho de la estructura ya mencionada en - los apartados anteriores sobre la libertad física o espiritual, y junto a ello los abusos de esta libertad. Porque precisamente bajo este concepto, "abuso", va a constituir cada régimen - político el ámbito de acción de la libertad de que hemos hecho mención - como luego ocurrirá con el concepto de "ilícito" para las reuniones o manifestaciones.

Sabemos que en el Decreto de 1.810 sobre libertad de Imprenta en Cádiz, su límite viene establecido por varios supuestos:

- Que se trate de opiniones políticas, las religiosas siguen sometidas a las prescripciones de Trento (Art. 1 y 6)

- Que no se trate de la prensa, como institución específica.
- El marco de la acción se establece de modo genérico, y con promesa de posterior explicitación legal, limitándose por lo que constituya "libelo infamatorio, escrito calumnioso, subversivos de las leyes fundamentales de la Monarquía, licenciosos contrarios a la decencia pública y buenas costumbres". (Art. 4)
- Que en todo caso los impresos se publiquen con el pie del impresor. (Art. 8)

Señalado este espacio, la ley plantea inmediatamente un órgano específico jurisdiccional, Junta Censoria (Art. 13) de caracter parecido al que en su momento se estableció en Bayona, iniciando una larga serie de organismos de esta clase instituidos a lo largo del siglo XIX con una doble misión.: precisamente la doble misión a que viene haciendo referencia este trabajo: asegurar la libertad de imprenta y reprimir sus abusos.

¿Cuál será el mecanismo de actuación de la Junta Censora? Su finalidad es muy clara: juzgar la obra. Se plantea el proceso de una forma legítima, con la audiencia del autor o responsable, ante el comienzo de la actuación procesal a instancias de el Gobierno o de la justicia respectiva. Se ofrece la posibilidad de dos instancias, y la aportación de la documentación que al respecto se considere necesaria. (Art. 15 al 19)

Esta típica jurisdicción se inhibe legalmente de los jui-

cios que puedan conocer de causas por injurias, que en su totalidad pasarán a la jurisdicción común, a la que se entrega además la competencia de la imposición de sanciones penales a los culpables de los delitos, en virtud de los cuales se hayan retirado las correspondientes publicaciones. (Art. 5 y 19)

Es necesario subrayar la duplicidad de funciones jurisdiccionales que se prevén en esta legislación, paralela a las que hemos analizado al hablar de los delitos contra la religión, y que naturalmente ponen nuevamente de relieve esta práctica gauditana, a la que será necesario referirse al intentar dar una explicación global del mismo fenómeno, al tratar de las funciones jurisdiccionales que van a asumir las Cortes en materia de inconstitucionalidad.

Junto a ello, hay que destacar el papel esencialmente represivo de las Juntas Censorias, cuya misión de proteger la libertad de imprenta no es desarrollada convenientemente por el Decreto. En efecto, no se señalan en ningún precepto las medidas concretas en que se podía concretar esta misión específica, que resulta así vacía de contenido. (117)

No existen en este primer periodo constitucional nuevas medidas legislativas de carácter ordinario sobre la libertad de Imprenta, aparte de las normas constitucionales ya señaladas. Tampoco la ley de infracciones de la Constitución se refiere explícitamente a estos temas. Sólo el Decreto de 10 de Junio de 1.813 significa un cierto paso progresivo en la limitación de la impunidad de las autoridades eclesiásticas, en los casos en que éstas escriban sobre materias no relativas a la religión. Se establece la sumisión al "Decreto de 1.810", y la promulga-

ción de esta norma, que además organiza el procedimiento oportuno contra las pastorales, instrucciones o edictos de tales - autoridades que contengan cosas contrarias a la Constitución a las leyes, el Rey, o en su caso la Regencia, se justifica históricamente por los actos de este tipo que menudearon en el periodo. (118)

A la luz de los preceptos constitucionales del 12, una vez repuesta en su pleno vigor en el año 20, las Cortes acogen como una de sus primeras preocupaciones la reforma de la Libertad de Imprenta, con la enriquecida experiencia de los años anteriores. (119)

La nueva ley es un texto orgánico de un apreciable detalle, y la filosofía que la domina es incipientemente desconfiada de los efectos que la total libertad había originado para aquellos legisladores en el periodo anterior. Sus líneas fundamentales - en cuanto a la descripción del ámbito amplían los principios anteriores: se trata de cualquier escrito no religioso (Art. 1 y 2), que no sea subversivo, sedicioso, incitador a la desobediencia, obsceno o contrario a las buenas costumbres ni difamatorio (Art. 10 al 16). Se establece además la obligación de que los - originales que habrían de llegar al impresor fueran firmados - (Art. 27).

La tipificación de las conductas es más detallada, y se señalan además las penas a que habrían de someterse los infractores, (Art. 19 al 25) que luego fueron ampliadas en la llamada - ley Adicional de 1.822, con la repulsa de una gran parte de los Diputados más progresistas.

Las innovaciones más importantes se encuentran en lo procesal. Así se establece una Junta de Protección de la Libertad de Imprenta, a la que se despoja de todas las facultades jurisdiccionales, que tuviera en la época anterior a la Junta paralela, para que pudiera dedicarse con plenitud de energía a la misión de proteger realmente tal libertad. (Art. 78) Se trata de un control y vigilancia de tipo político y consultivo. Sus resoluciones sobre las dudas o las quejas sobre la ley, así como el estado en que esa libertad se encuentre, se elevaban a las Cortes para que éstas pudieran remover "los obstáculos o remediar los abusos", siempre en la vía política. (Art. 81)

Las facultades específicamente jurisdiccionales se atribuyeron a la discutida institución del Jurado (Art. 36 al 74). Asimismo se establecía la acción pública para la denuncia de los escritos donde se produjera abuso. Esta acción pública ya no es la pura "delatio" puesto que el acusador podría intervenir en el proceso como parte del mismo si así lo deseara. (Art. 32)

La ley adicional de Imprenta de 12 de Febrero de 1.827, - obra de los moderados, cuya repulsa del jurado no se disimula, pero contra el que no atreven a revolverse por la indudable fama que tal institución goza en el pueblo, resuelve adoptar una medida alternativa y es aumentar de un modo escandaloso la tipificación de las conductas sometidas a la penalidad, cuyo cumplimiento se encarece y agrava. (Títulos II y IV)

La regulación penal de estos delitos se mantienen en la ley especial y el Código Penal solamente recoge la tipificación material de las conductas, que se agravan por la posible aplica-

ción de la ley de Imprenta.

El absolutismo de Fernando VII acabó en los dos periodos de su vigencia con toda la prensa política, de la periódica solo permitió la oficial (Decreto de 30 de Enero 1.924) y de la común las obras que tuvieran censura previa. La literatura no política se sometió asimismo a una durísima legislación, de la que forman parte el Decreto de 25 de Abril de 1.815, sobre las condiciones a que debería someterse toda obra escrita; el de 11 de Abril de 1.824, sobre prohibición de introducir en España - libros extranjeros sin censura, los de 16 de Octubre de 1.924 y 17 de Junio de 1.825, por los que se ordena recoger todo libro o impreso, español o extranjero publicado desde 1.820.(120)

La Regencia, con el ministerio CEA BERMUDEZ, se enfrenta, dentro del conjunto de medidas liberalizadoras, con un nuevo - Reglamento de Imprenta de 26 de Octubre de 1.833. La tímida operación de liberalización, comienza con la literatura, que se cataloga profusamente. (121) La que no contenga cuestiones religiosas, morales, filosóficas o políticas, se exime del régimen de censura, tanto para las publicaciones generales, como para las periódicas.

La política, de uno y otro tipo, sigue sometida al régimen de censura, y, en el segundo caso, al de autorización previa para publicarse. A este respecto se adopta por primera vez en España, el régimen, que GOMEZ REINO ha llamado de libertad censitaria exigiendo un depósito previo de numerario para la obtención de autorización de la publicación de un periódico. (R.O. de 1 de Junio de 1.834, Art. 3º)

Para MARTINEZ ALCUBILLA (122), el juicio que merece este régimen es sin duda muy superior al de las leyes de imprenta de los partidos conservadores, publicadas, vencida ya la primera mitad del siglo: los de 1.857 y 1.867 que son los paradigmas de la limitación al ejercicio de esta libertad. Es más, se señala por dicho autor, que era preferible aquel régimen de censura previa, que el posterior de "libertad" sometida a feroces actos represivos, sin seguridad jurídica de ninguna especie.

Con este sistema, desaparecen, naturalmente, los jurados de imprenta, verdaderas bestias negras para los moderados, y, por supuesto, todo posible indicio de sistema de recurso jurisdiccional contra la arbitraria limitación del campo de acción de esta libertad.

Este régimen hace que tengamos que concluir con que las pretendidas medidas de liberalización en la primera época de la Regencia son absolutamente ilusorias. Lo único que ocurre es que por propia conveniencia del Estado, y para evitar la negativa impresión de haber retrocedido más atrás del despotismo ilustrado de la época de Fernando VII, la Regencia decide instaurar, en lo que se refiere a la prensa e imprenta, la regulación propia del siglo XVIII, para no ser tachados de medievales. Lo que aún llama más la atención, es que por parte de sus propios afectados, los regímenes de "libertad de prensa" de 1.848 a 1.868 - sean considerados nuevamente como más gravosos que los introducidos de acuerdo con la filosofía ilustrada.

El advenimiento de los progresistas al poder, restaura en 1.836 las normas de 1.820 y 22 con la introducción nuevamente - de los Jurados, pero ya antes de la aprobación de la Constitu-

ción de 1.837, y en atención "a los excesos de la prensa de - tan peligrosa trascendencia para las actuales circunstancias, se proceda desde luego a la formación de una ley que concilie la libertad de la Prensa con la seguridad del Estado". (123)

Fruto de esta preocupación es la ley de 1.837 (22 de Marzo) bajo el Gobierno liberal de CALATRAVA, que comienza a imponer una serie de medidas restrictivas: el depósito se amplía, (Art. 13) y se introduce además una medida especialmente eficaz, a la que quizá los autores que han tratado de estas materias no conceden la importancia que tiene, y es que aún manteniendo el Jurado, se limita la participación en él a los contribuyentes de una determinada cuantía. (Art. 4) Asimismo y por - la vía procesal se introduce el sistema del depósito previo a la posible recogida de los ejemplares por el Gobierno, con una idealista posibilidad de reclamación, por los abusos producidos en esta medida para los afectados. (Art. 14) Posibilidad que al requerir ser calificada de dolosa, supone la práctica impunidad de estas violaciones del derecho a la libertad. Otra novedad de importante significación procesal es la introducción de la figura del editor responsable, para evitar en todo caso la inexistencia o indeterminación del sujeto de la violación y por tanto del castigo. (Art. 2º)

Nuevas normas restrictivas se imponen meses más tarde bajo el Ministerio BARDAJI, (Ley de 9 de Octubre de 1.837) que no son más que el punto de partida de una serie de normas de rango reglamentario que van aportando nuevos instrumentos represivos. Limitando cada vez más las posibilidades revisorias jurisdiccionales de tales medidas, que culminan en la R.O. de 5 de Junio de 1.839. (124)

La Regencia de ESPARTERO no significó un cambio cualitativo en este régimen. Naturalmente los instrumentos que se van desarrollando, o lo habían sido hasta entonces, se utilizan en beneficio de la particular ideología política dominante, pero dentro de la misma línea de limitación a las opiniones contrarias. (125) Esta labor culmina en el Real Decreto de 10 de Abril de 1.844, ya bajo el poder de los moderados.

Se trata de la famosa ley GONZALEZ BRAVO, en la que manteniendo el Jurado mitificado, no hace sino agravar aún más el carácter censitario de los que pueden disfrutar de esta libertad. Las medidas a este respecto son numerosas: los editores no sólo han de tener una renta acreditada considerable, sino que se cuadruplican las cuantías de los depósitos. (Art. 22) Además se especifican de modo muy amplio las conductas tipificadas como abusivas, (Art. 35 al 38) y se establece un sistema de multas y supresión de los periódicos paralelas a las sanciones penales. (Art. 39 al 48) Las medidas administrativas se consideran inapelables, así como las decisiones de 106 jurados, contra los que no cabrá otro recurso que el de nulidad por quebrantamiento de alguna formalidad prescrita. (Art. 70)

Como sabemos la Constitución de 1.845 no abolió explícitamente la institución del Jurado, pero mantuvo un silencio sobre él, en la firme determinación de suprimirlo por ley ordinaria. Así sucedió por el Real Decreto de 1.845, de FIDAL. Dicho Decreto no es demasiado amplio. Simplemente se limita a establecer el ámbito de la libertad de imprenta, que por ser paradigmático se reproduce a continuación, llamando la atención sobre la generalidad de los supuestos tipificados en los que cabe cualquier conducta que no sea de adhesión total al régimen y al go-

bierno: (Art. 1º en relación con el 35 de la R.O. anterior)

- Los impresos contrarios a la religión católica
-subrayamos simplemente contrarios-
- Los que se dirijan a destruir la Ley fundamental del Estado
- Los que ataquen la Sagrada Persona del Rey
- Los que ataquen la legitimidad de los Cuerpos colegisladores
- Los simplemente contrarios al principio y forma de Gobierno
- Los que contengan simplemente adhesión, aunque sea ideológica a otra forma diferente de Gobierno o los derechos a la Corona de Isabel II, ya sea manifestando de cualquier manera el deseo, la esperanza o la amenaza de destruir la monarquía constitucional
- Los que publiquen máximas o doctrinas que tiendan a trastornar el orden o a turbar la tranquilidad pública.
- Los que elogien o defiendan hechos punibles según las leyes
- Los que inciten de cualquier manera a cometerlos

- Los que traten de hacer ilusorias las penas, promoviendo, por ejemplo, suscripciones para pagar las multas impuestas
- Los con con amenazas o dicterios traten de coartar la libertad de los jueces y funcionarios encargados de perseguir y castigar los delitos
- Los contrarios a la decencia pública o a las buenas costumbres

Se completan estas medidas, como no podía menos de serlo, con la derogación del Jurado, y el establecimiento de un Tribunal Especial, constituido por cinco de los jueces de primera instancia de la capital, y si no los hubiere, por los del partido de la audiencia, que nombrará para cada caso el regente. (Art. 4º) El Tribunal juzgará sin sujeción a norma procesal alguna, exigiéndose únicamente la presencia de las partes (Art. 16) Una vez publicado el fallo se disolverá, para volver a formarse cuando haya otra causa, con la absoluta inseguridad jurídica que ello suponía. (Art. 22)

Contra los fallos no se concede ninguna instancia superior ante órgano jurisdiccional. (Art. 23)

La línea de la represión continúa: en 1.852 se autoriza - al Gobierno, a instancias de BRAVO MURILLO, para acordar -sin recurso ulterior, para detener- sin necesidad de denuncia previa-, los periódicos que se considerasen deprimentes de la autoridad real, (Art. 114) o incluso a suspender un periódico,

por medida acordada en Consejo de Ministros. (Art. 117). En el mismo año, y por una curiosa variación de la mentalidad sobre los jueces, se reinstaura el Jurado, y se someten a la jurisdicción del Tribunal Supremo los delitos contra la persona del Rey. Esta global modificación vuelve a sustituirse por el régimen de los Jueces de primera instancia en sustitución a su vez del Jurado.

Tras el bienio liberal, accede al poder nuevamente NARVAEZ, y las normas sobre libertad de imprenta, esto es, sobre limitación de imprenta, llegan a extremos jamás conocidos, ni antes ni después de este "bienio negro", más que en la última norma de 1.868, inmediatamente anterior a la revolución democrática.

La ley de 1.857, conocida como ley NOCEDAL junto con la de 1.867, del mismo GONZALEZ BRAVO, constituyen los paradigmas de la legislación represiva del siglo XIX.

La reforma NOCEDAL restringe aún más la legislación de prensa. La situación no sólo es restrictiva sino vejatoria. Así una vez que el Gobierno ha decidido sin apelación la recogida, se otorga al "editor responsable" (la figura siempre presente en esta legislación) la posibilidad de destruir la edición u operar por el proceso. (Art. 5º) Aumentan en un 50 por ciento los depósitos, respecto a los impuestos por BRAVO MURILLO, ordenándose asimismo el nombramiento de un director y de la redacción con perfecto conocimiento para el Gobierno. La tipología aumenta exorbitantemente hasta 23 tipos diferentes de delitos, respecto de los señalados antes. En algunos casos su descripción resulta absolutamente confusa o ilegítima p.e.: los escritos tendientes a coartar el libre ejercicio de las facultades cons-

titucionales del Gobierno, la suposición simple de mala intención en los actos oficiales, o como injuria, el publicar hechos de la vida "privada" precisamente de los Gobernantes. (Art. 26, 2º y Art. 29, 2º y 3º)

En todo caso la reforma NOCEDAL, que no en vano era posterior a las leyes de prensa más liberales del periodo de 1.856, acaba con varias lacras procesales anteriores, que, si bien en ese momento no tuvieron la relevancia que merecían por la abusiva e ilegítima tipificación, desplegaron más tarde su eficacia. Tales son la supresión de la pena de prisión para los delitos de Imprenta, (6º Título IV) el plazo relativamente corto de prescripción de los delitos de esta ley, las primeras muestras de la posibilidad de recurso ante las decisiones, tanto - de los Tribunales de Imprenta (formado por los Jueces de Primera Instancia), cuya competencia se extendía a los delitos, y - cuyas decisiones eran revisables ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, (Art. 69) como a la actuación de las autoridades gubernativas, componentes en materia de faltas, estableciéndose el recurso ante el Ministro de la Gobernación, oído el Consejo Real. (Art. 99)

La ley más benigna de 22 de Junio de 1.864, obra de CANOVAS DEL CASTILLO como ministro del gabinete MON, suaviza los preceptos que contienen temas materiales, suprimiendo la mayoría de - los tipos delictivos, (Art. 3º) atenuando la disciplina administrativa (Art. 12) y aboliendo la retirada previa de los periódicos políticos, (Art. 23) siempre que hubiera precedido su publicación (extremo que se asume más tarde por los demócratas). Pero lo que resulta más innovador es la restauración de la competencia de la jurisdicción ordinaria, (Art. 37) el restableci-

miento de los Jurados censitarios, (Art. 39) y el mantenimiento del sistema de recursos ya introducido por NOCEDAL, que no se estima necesario retocar. (Título VII)

Hemos de poner de relieve, que entre la ley NOCEDAL y la de CANOVAS transcurre el Gobierno de la Unión Liberal, señaladamente más progresivo que el anterior, pero que es capaz de - mantener como ley de prensa la de NOCEDAL, precisamente porque junto a una interpretación restrictiva de los delitos tipificados, se une la instrumentación recursal aceptable.

La realidad del país, en los años siguientes estuvo plagada de pronunciamientos protagonizados por los demócratas, con PRIM a la cabeza. Las leyes de Imprenta se endurecen progresivamente, en ocasiones hasta extremos no fácilmente soportables por el país: así en 1.864, poco después de la anterior ley, se somete a la jurisdicción militar a los periodistas que infrijan la ley de libertad de Imprenta con conductas que se estimen como apologéticas de la desobediencia militar. Esta ley, sin embargo, tuvo que ser derogada un año después.

La caída y muerte de O'DONELL, así como la desaparición de la escena política de NARVAEZ, dejó el gobierno en manos de GONZALEZ BRAVO, el periodista renegado, como era conocido, y que ya en los tiempos de NARVAEZ había aconsejado el vulgar "motto" de "garrotazo y tente tieso" a la Prensa. La situación prerevolucionaria de 1.867 "justifica" la más represiva legislación de prensa de todas las que ha conocido España, por lo menos en el siglo XIX, la de 7 de Marzo de 1.867.

Efectivamente, la ley, que hace una técnica clasificación

de los diversos tipos de publicaciones, que se incorporaron ya a los avances técnicos de este tipo de leyes, (Art. 2º) repite toda la estructura de las normas anteriores, con estas significativas diferencias (aparte de la especial gravedad de las penas, (Art. 28) y la prolijidad y cada vez mayor obstrucción de los tipos penales (7.T.IV), en cuanto a lo procesal: no deroga los sistemas ya instaurados en el país, lo que se hace es rebajar el nivel jerárquico de las facultades otorgadas a la Administración, con la supresión naturalmente del Jurado de Imprenta, y la reaparición de los supuestos de competencia militar en determinados delitos. (Art. 40) Lo que sí se hizo fué mantener la jurisdicción de los jueces de primera instancia y la posibilidad de todos los recursos comunes. (Art. 41)

La Prensa bajo la Constitución de CANOVAS es la que conoce la ley de Prensa más liberal de todas las dictadas en nuestro país hasta el momento presente. Es la ley GULLON de 26 de Julio de 1.883. Los requisitos administrativos previos a la publicación son mínimos y exclusivamente informativos, sin necesidad de depósito previo de ninguna cantidad.

El régimen procesal es muy simple y garantizado. Antes de la publicación de cada ejemplar se exige el depósito de tres de ellos. (Art. 11) Las infracciones a lo establecido por la ley y que sean simplemente faltas tienen un cortísimo margen de prescripción. (Art. 19) Se tipifican como penas aquéllas que se imponen por el Código Penal para las faltas, sin que exista la manifiesta desproporción entre la tipificación como falta y la pena atribuída, con lo que en épocas anteriores el Gobierno podía castigar con la relevancia de delito. Se establece una importante medida: el recurso ante el Juez de Instrucción por las

multas que hayan podido ser impuestas por el Gobierno. (2º párrafo Art. 19)

El exámen de esta última ley, perteneciente al periodo moderado de la segunda época, tan dispar a sus antecedentes doctrinarios que hemos analizado con un cierto temblor, nos sitúan en la óptica congruente para el exámen de la legislación progresista y democrática sobre la Imprenta.

Vamos a ver que no es esta legislación, la mejor muestra - de las ideologías que ceden a la tentación de un cierto despotismo, contrario a sus planteamientos doctrinales, en razón de supuestos de dificultad histórica. La cualificación que se ha otorgado a la ley de GULLON así lo prenuncia.

No hemos considerado la legislación sobre imprenta correspondiente al 1.837 y a su Constitución como propiamente liberal y progresista, por las razones materiales expuestas en su momento, porque en realidad la primera ley progresista auténtica, y que significa una ruptura con los modelos moderados (de los que las leyes de 1.837 y 1.838 no fueron más que antecedentes) es - la de 1.855 (21 de Diciembre) obra de ESPARTERO. La regencia de 1.840 a 1.843, procedente de este periodo político, se habían mantenido sólo un año en el propósito de conservar una aceptable libertad, fruto del cual fué la circular de CORTINA (ver nota 125) en la que señalaba "que aunque los individuos de la Regencia eran el blanco de repetidos y violentos ataques, los jefes políticos no debían excitar el celo de los Promotores fiscales (existentes a la sazón) para que denunciasen, dejándoles al impulso de su propio convencimiento". Hemos visto que sin embargo, en razón del levantamiento moderado, estos propósitos

fueron pronto acallados por una legislación recortadora de la libertad.

La ley de 21 de Diciembre de 1.855 es muy escueta, consta de dos artículos, por los que se atribuyen a la competencia de los Jurados todos los delitos públicos que se cometan abusando de la libertad de imprenta; y a la jurisdicción ordinaria, "a instancia de parte, los que se cometan contra el honor de los particulares, y también contra los funcionarios públicos en lo relativo a su vida privada."

La revolución de 1.868 plantea como una de sus primeras medidas -de acuerdo con las repetidas manifestaciones de las Juntas- el Decreto-Ley de 23 de Octubre de 1.868 -obra de SAGASTA- que reconoce la absoluta libertad de imprenta. Las medidas más importantes de esta ley son las derogaciones de todas las especialidades procesales nacidas a lo largo de los muchos años de represión moderada. Se consolida la competencia de los Juzgados ordinarios, se suprime la figura del editor responsable -buscando la determinación de la auténtica autoría- así como el Juzgado especial de imprentas, y las demás figuras y requisitos -administrativos o gubernativos en relación con esta materia, -depósito previo, competencia del Gobierno en lo que se refiere a faltas, el censor y el fiscal de novelas, etc....

El gran problema en la discusión de la Constitución es, como sabemos, la cuestión del Jurado, cuya implantación se anuncia, pero cuya efectiva regulación se pospone indefinidamente.

Este régimen de amplia libertad se consagra asimismo en la

redacción del Código Penal de 1.870, que presenta además la - innovación de contener en él los supuestos penales relativos a la Imprenta y su abuso, que en textos anteriores no se afrontaban, relegando su regulación a la legislación específica.

Algunos comentaristas palntearon la incorrección que significaba el penar los abusos de la imprenta como delito específico. (126) Efectivamente, las listas de abusos de las leyes de imprenta no eran más que tipificaciones más o menos legítimas - de conducta penalmente perseguibles aunque no utilizaran como medio de expresión la Imprenta, que en realidad no es más que un cualificado modo de delinquir. Las tipificaciones específicas sobre la Prensa se convierten así en simples contenidos de policía administrativa que por su importancia se cualifican con una sanción penal. En la misma línea se construye en el Código - Penal de 1.870 una sistemática especial de la Imprenta como circunstancia modificativa de la gravedad penal, en los Art. 7 y 10 de dicho texto. Lo que nos interesa señalar es que, con todo ello, la Prensa deja de ser una temida "bestia negra", y sus supuestos dejan de tener la especial onerosidad propia de las leyes anteriores.

Poco dura esta concepción optimísta sobre la palabra escrita. El 20 de Septiembre de 1.873, el Gobierno republicano inicia una serie de medidas represivas, forzado por las circunstancias críticas del país, sumido en las revueltas contonistas y carlistas. La ley de Orden Público de 1.870 concedía al Gobierno la facultad de suspender las publicaciones que preparasen , auxiliasen o excitasen la comisión de los delitos contra la Constitución del Estado, contra la seguridad interior o exterior - del mismo o contra el orden público. El Gobierno republicano -

considera que esta medida es excesiva y al no considerarse iden-
tificado con ella -fruto de la Regencia anterior- dicta el De-
creto de 1.873 que establece una serie de medidas escalonadas
a tomar con la Prensa que alentará los actos sediciosos, que
comienzan con una exhortación individual de los Gobernadores -
Civiles a los editores de los periódicos que planeen estas cues-
tiones. (127)

El Decreto no da el resultado apetecido, y dos meses más
tarde otro decreto deroga el anterior, facultando a los Gober-
nadores civiles la utilización de los medios previstos por la
ley de Orden Público a que se acaba de hacer mención.

La escalada subversiva no cesa y la ineficacia de las me-
didas políticas y militares para acabar con ellas se quiere pa-
liar con una escalada paralela de medidas contra la prensa: así
el 4 de Enero de 1.874 se ordena la suspensión de todas las pu-
blicaciones cantonalistas y carlistas. La suspensión de las ga-
rantías constitucionales produce, el 15 de Enero de ese año, la
publicación de una circular con amplísimas facultades para los
Gobernadores contra los periódicos que tiendan a impedir lo más
mínimo la conservación del orden público por el Gobierno. La -
larga lista de este tipo de medidas termina con dos dictadas -
por SAGASTA, sobre ejercicio genérico de la libertad de imprenta
en el primer caso, y sobre prohibición absoluta de publicar
noticias referentes a la sublevación carlista, que no fueran -
dictadas por la Gaceta de Madrid.

Esta larga exposición de normas legales sobre la libertad
de imprenta merece un comentario, que se vendría a reducir en
dos cuestiones fundamentales:

- La experiencia histórica del XIX nos muestra que la libertad de imprenta no es la causa de todos los males, ni su supresión, el origen de todos los bienes políticos. Generalmente, la libertad de imprenta lo que hace es reflejar la realidad tal cual es, y tanto más cuanto más libres y abundantes sean las publicaciones. La comparación de los últimos años de la experiencia democrática en comparación con la ley GULLON es altamente significativa.
- Esa misma experiencia nos enseña lo que tantas veces se ha repetido y se repetirá a lo largo de este trabajo: las normas legales se cualifican por su aparato de protección jurisdiccional y sus requisitos procesales. La batalla está ahí, y medidas muy progresivas en la intención, que no han tenido claro este punto, se han convertido en regresivas (recordemos al ley de 1.837), y por el contrario leyes a primera vista enormemente limitadoras de la libertad de imprenta han contenido en su interior gérmenes de liberalización muy por encima de sus propósitos, luego aprovechadas en el marco de otras leyes más globalmente progresivas (recordemos la ley NOCEDAL en relación con la ley de CANOVAS de 1.864). (128)

b) Libertad de enseñanza. (129)

Hay que subrayar, al hacer referencia y análisis de los preceptos legales relativos a esta materia, la dificultad en que se encuentra el que trate de abordar con serenidad una cuestión, cuya interpretación actual supone tomar partido por una de las, al menos, dos concepciones dispares que se disputan la primacía de la organización política de la enseñanza en

el país.

Aclarado previamente este punto, y señalada la dificultad, el autor de este trabajo reconoce que se ve más inclinado a adoptar una posición que ha sido tachada incorrectamente de estatista, pero cuyo calificativo más acertado es el de realista.

De los muchos contenidos que debe tener la libertad de enseñanza, se estima por el que esto suscribe, que los aspectos primordiales a los que se debe atender es la efectiva posibilidad del acceso a la misma. La libertad de enseñanza es primariamente libertad afectiva para el educando de obtener tal educación por los medios que se arbitren, teniendo en cuenta la situación de la comunidad, dentro de la que debe desarrollarse - ese derecho. La primera tarea del Estado es hacer efectiva la posibilidad.

Como segundo momento, aparece una doble exigencia: la posibilidad de acceder a una determinada educación, que se complementa indisolublemente con la posibilidad de impartir la enseñanza por quien cumpla una serie de requisitos necesarios para tal impartición, entre los que no debe incluirse una determinación apriorica de la ideología rectora de tal enseñanza. (libertad de Cátedra)

A esta consecuencia se ha llegado, no tanto por una previa toma de postura sobre la materia, sino fundamentalmente por el estudio histórico de los supuestos reales y las preocupaciones predominantes de nuestros legisladores del siglo pasado.

Como sabemos, no es la libertad de enseñanza una declaración aparecida en los primeros textos constitucionales. Ya hemos señalado al tratar esta materia en el apartado correspondiente, que esta libertad aparece reactivamente ante el monopolio de tal actividad por una ideología o incluso un sector social específico en nuestra comunidad nacional.

Veamos esta cuestión desde el punto de vista de la legislación ordinaria.

Conocemos que una preocupación fundamental de los legisladores de Cádiz no fue tanto el aseguramiento de una serie de opciones en la enseñanza, sino que la Instrucción pública fuera efectiva en todo el territorio nacional. La libertad de abrir centros, de impartir enseñanzas, de cátedra se incluyen, incluso en la misma ordenación topológica de los correspondientes preceptos, dentro de aquel propósito fundamental.

Las Cortes de Cádiz se enfrentan con el problema de la Instrucción, a la luz de la doctrina establecida en la Constitución, que coincide con la orientación defendida en el trabajo. Así en Marzo de 1.814 formula un proyecto de decreto sobre el arreglo general de la enseñanza pública, que sólo se convierte en texto efectivamente aplicable en 1.821 como Reglamento General de la instrucción pública.

Las características más importantes de esta normativa y que fundamentan la transformación radical de la enseñanza en España son:

- Carácter libre y gratuito de la estatal
- Libertad absoluta de la privada, que ha de sufragarse autónomamente
- Articulación de los diversos niveles de educación en tres fundamentales
- Las ciencias físico-matemáticas sustituyen a las disciplinas filosóficas
- Se hace desaparecer el castigo de los azotes
- Se arbitra un sistema de espacios abiertos ideológicos que pueden ser llenados de acuerdo con la respectiva ideología educativa. (130)

Lo que resulta significativo es que esta norma perviva, - tras alguna serie de reformas, tendentes más a la selección del personal educativo o a la organización administrativa que a la modificación de la propia enseñanza, hasta la famosa ley MOYANO, a que haremos referencia después. Los supuestos que perfila son eminentemente técnicos y compatibles con las varias orientaciones doctrinales. Así señala ARTOLA, que cada uno de los bandos -liberales o absolutistas- induce a utilizar la enseñanza así organizada "como medio de socializar a los individuos en uno u otro sentido". En tanto los liberales introducen la educación política en los planes de estudio, los absolutistas no vacilarán en hacer lo propio en el otro sentido, sustituyendo por ejemplo la disciplina de "moral y derecho natural" por "catecismo e historia sagrada". (131)

En todo caso, y para lo que interesa en este trabajo, to-

das las normas que organizan de modo uniforme los supuestos - técnicos de la enseñanza, pertenecen al campo de la discrecionalidad política y no se construye ningún sistema de organización de recursos jurisdiccionales ante las posibles violaciones de lo que constituye el fundamento de tal educación.

El periodo de Fernando VII absoluto, significa un retroceso en la responsabilización del Estado en estas tareas, que se entregan casi en su totalidad a las Ordenes Religiosas, e - incluso culmina, por problemas financieros con la supresión de las Universidades. La libertad de enseñanza tal como hoy es mantenida por los llamados defensores de la escuela privada tiene su primera manifestación en este periodo. Efectivamente un Decreto de 30 de Abril de 1.826 determina que cualquiera puede - abrir una escuela, siendo maestro examinado y sometién dose respecto al método y materias de la enseñanza que señala la ley.

De hecho la realidad práctica, concretada en toda clase de trabas ideológicas, y especialmente financieras, -ya sabemos qué son estas las que inducen esta ley- convierten en puramente ilusoria tal libertad.

El periodo moderado (comprendiendo también el correspondiente a la Constitución de 1.837, que se limita a reponer la legislación de 1.821, con una especial reposición de la legislación contraria a la pena de azotes, reiterado en 26 de Noviembre de 1.838) plantea en su primera época una serie de medidas legales de fundamental contenido económico.

Así, en 21 de Noviembre de 1.845, 24 de Abril de 1.846 y - 30 de Marzo de 1.849, los moderados se enfrentan con el proble-

ma de la enseñanza, sin determinar una modificación de los planes y sistemas de enseñanza. Se limita a regular con una cierta amplitud la tipificación de los entes que podrán impartir la enseñanza y la organización de las escuelas normales, con las condiciones de los candidatos a maestros. (132)

El régimen económico imperante de hecho es el de los Patronatos, a los que se exigen una importante solvencia económica, aparte de las condiciones ideológicas, en las que no se insiste de manera acusada. Así resulta que el dominio de la enseñanza - por las entidades religiosas se produce por la vía económica, - asegurada con ello la uniformidad ideológica.

Resulta notable que los repertorios de resoluciones de los tribunales económicos-administrativos contengan una apreciable cantidad de reclamaciones contra la administración por los problemas económicos de estos patronatos de enseñanza pero que jamás se permita una actuación jurisdiccional contra la Administración en materia p.e. de concesión de títulos para la enseñanza, etc... (133)

La consolidación del régimen moderado, y no liberal, como dice ARTOLA, permite en 1.857 la elaboración de una completa ley de educación, inspirada en los modelos franceses, a los que se dota de las correcciones impuestas por el dominio absoluto de la doctrina cristiana. (134) Efectivamente esto ha sucedido, - cuando la enseñanza, por los medios indirectos indicados, está en manos de un sector específico de la sociedad nacional. Las prescripciones de 9 de Septiembre de 1.857, y sus reglamentos - concordantes no van a ser reclamados por nadie porque constituyen la expresión normativa ordenada de lo que ya se ejerce.

La protección procesal se vuelve en contra de los que deberían ser sus protegidos. No se prevé en la ley otra actuación jurisdiccional, aparte de la ya indicada sobre cuestiones patrimoniales de los Patronatos, etc.... que la que castiga a los responsables de los menores por la inasistencia de los niños a los centros de enseñanza. (135) La finalidad de la unificación de sentires y pareceres en el país es clara.

El ámbito de ejercicio de la libertad de enseñanza por medios indirectos es muy restringido, y la agudeza de este problema -por lo demás en absoluto protegido por la legislación- se subordina, en la consideración de los revolucionarios, al más urgente, en ese momento y en otros posteriores, del abundante analfabetismo y escasa escolarización de la infancia. (136)

La reacción democrática, agobiada por el peso de la unilateralidad ideológica de la educación en España, se centra en este problema, y no en el de la ineficacia de la política educativa.

El problema en torno a la Constitución de 1.869 se plantea en orden a asegurar la radical imposibilidad de una ideología dominante en la enseñanza, buscando por todos los medios la posibilidad del establecimiento y autorización de otras orientaciones ideológicas. Por atender este punto, descuidar algo que los constituyentes de Cádiz tuvieron bien presente: el establecimiento de una enseñanza extensa y técnicamente desarrollada, con espacios abiertos para la orientación ideológica que conviniera. La totalidad ideológica del proyecto educativo es precisamente la posición fundamental totalitaria de los que no admi-

ten la posibilidad de una enseñanza neutra y positivamente - abierta a cualquier ideología, sobre todo en los primeros años. El resultado fué una pírrica victoria constitucional.

La inexistencia de esta perspectiva, puesta de manifiesto en los Decretos de 21 de Octubre de 1.868, 29 de Septiembre de 1.874, 13 de Agosto de 1.880 y 18 de Agosto de 1.885, reflejan con una unanimidad sospechosa -por la diferente orientación política de sus autores- este sentir.

Le revolución que en esta materia supuso la irrupción del krausismo en España aún no se ha asumido completamente como vemos en la actualidad.

En todo caso, el régimen de la protección procesal mantiene también estos supuestos. Las figuras tipificadas penalmente no serán, p.e. la privación ilegal de las posibilidades de enseñanza, etc... sino precisamente el abuso de esta libertad. Efectivamente el Código de 1.870 castiga, (Art. 202) de acuerdo con los preceptos constitucionales la fundación de aquellos establecimientos de enseñanza que sean contrarios a la moralidad. Como vemos, la tipificación corresponde a la limitación del ámbito de la libertad que se establece por la legislación estatal. El correlato de protección del ejercicio normal del derecho no se contempla por este texto, por lo demás, de una gran progresividad.

Se manifiesta aquí un defecto en la regulación de la libertad que no coincide con la estructura de protección de otras libertades, incluso de aquellas que el poder político considera más problemáticas.

c) Libertad Profesional, de Comercio e Industrial (137)

Las formulaciones constitucionales que hacen referencia a los temas enunciados en este epígrafe se refieren como preocupación fundamental a la igualdad de trato en el posible acceso a los cargos, profesiones, industrias, u ocupaciones de todos los ciudadanos, y ése era el auténtico sentido de esta libertad en el marco de las doctrinas francesas. Los españoles han de tener un derecho a la igualdad de trato en lo que se refiere a su vida profesional o laboral.

Este aspecto, en virtud del desarrollo de la conciencia ético-jurídica se extendió, desde 1.812, como ya hemos visto a la equiparación de nacionales con extranjeros y a tal efecto se formulan los correspondientes preceptos no sólo constitucionales, sino también de orden común.

El problema de concepción, y el cambio semántico en esta libertad (que por lo demás ilumina el señalado en el apartado anterior) surge de que el concepto libertad de profesión, industria, comercio etc... se convierte en manifestación explícita de una concreta filosofía económico-política, que defiende como necesaria la libertad de mercado.

El estudio de esta libertad se ve, de este modo, mediatizado por la necesidad de elaborar todo un análisis de la realidad económica y de los principios rectores de la política en este campo, que se han ido sucediendo a lo largo del siglo. Esto supone un empeño muy superior a los propósitos de esta tesis.

La contradicción que surge por el mero hecho de enunciar -

como libertad fundamental algo que no es tal libertad fundamental, sino una opción político-económica, debe ser puesta de manifiesto de modo paladino, para no ser tachado de contradictorio. Y es que, efectivamente, como hemos visto al hacer el examen de los preceptos constitucionales, con el espíritu positivo se ha alegado al comienzo de este trabajo, los textos consagran este derecho como fundamental.

El hecho de que esta libertad sea el supuesto de una filosofía económica, produce el que no podamos seguir aquí con exactitud la estructura del análisis de los dos aspectos de las libertades que hemos llamado de ejercicio. Esto es, señalar las normas que consagran el ámbito de acción del derecho fundamental, por un lado, y las normas que protegen las conductas que se sitúan dentro de ese ámbito, por otro.

Paradójicamente esta imposibilidad se produce por dos razones, el castigo de las violaciones de esta libertad es muy escaso y bastante tangencial como veremos, y su regulación en la legislación concreta, no establece esa amplitud de espacio que parece ser congruente con el liberalismo que parecen defender todas las líneas de orientación política del siglo.

La razón de esto es que los gobiernos españoles del siglo XIX, en su generalidad, no son liberales. Excepto quizá en la época más estrictamente democrática del 68, las limitaciones y trabas de todo orden para el ejercicio de una profesión, industria, comercio u ocupación se guían, como han puesto de relieve otros autores es esencialmente proteccionista, y su filosofía concede al Gobierno una directa e inmediata intervención en su

posible establecimiento, porque esta libertad se entiende conforme al modelo liberal impuro de economía que profesan.

La legislación protectora de esta libertad se mantiene estrechamente constreñida dentro de los cauces señalados por las directrices gubernamentales. En este sentido son enormemente significativos los silencios legales sobre posible reclamación a la Administración contra la denegación de permisos o licencias de cualquier actividad, y la nula tipificación penal de la conducta del funcionario que impida esta libertad, a pesar de las declaraciones constitucionales, en especial la ya estudiada de 1.876.

El Reglamento de libertad de industria y comercio de 8 de Junio de 1.813 y el régimen contenido en la base 5ª, Apéndice letra C de la ley de 1 de Julio de 1.869 son los únicos ejemplos legales de la auténtica libertad, que chocaron antes y después con las doctrinas proteccionistas, que llevaron entre otras cosas a la específica derogación del segundo supuesto legal en el Decreto de 1.875, puesto que el primero fué objeto de la general derogación de Mayo de 1.814.

En todo caso, ninguna de estas normas, pueden ser objeto de atención específica en este trabajo por la razón de que en este caso, con mucha mayor intensidad que en otros, ni los Gobiernos, ni incluso la conciencia general conciben que tales medidas puedan ser objeto de reclamación por constituir cuestiones de la más amplia discrecionalidad. (138)

Por lo que se refiere al segundo aspecto, esto es la legislación protectora de las violaciones de los particulares -ya ve-

mos que de esta conducta no se considera específico sujeto al funcionario- se limita a la tipificación penal de las suposiciones de profesión facultativa, o los preceptos penales formulados desde 1.848 correspondientes a las conductas que tratan de maquinar para alterar el precio de las cosas.

Todo ello nos hace concluir que la libertad profesional o de ocupación tal y como se declara en los Códigos modernos de derechos no se conoce y formula como tal, y que la efectiva - igualdad para el acceso a los puestos o cargos, principio fundamental y bandera, entre otros muchos, de la Revolución Francesa tuvo sus manifestaciones legales concretas, al comienzo - del siglo, pero careció de importancia por desuso en épocas posteriores, al menos en lo que se refiere a este tema de la ocupación individual. La filosofía censataria que aparece en otras esferas de los derechos públicos subjetivos ya ha sido objeto de examen (caso de la libertad de imprenta o enseñanza) o lo serán más adelante (caso del derecho a la participación política).

d) Derecho de petición

La importancia de este derecho ampliamente utilizado a lo largo del siglo XIX en el aspecto práctico, aunque su eficacia real está muy por debajo de la pomposa declaración que de él - se hace en los textos constitucionales, así como la relevancia conceptual que para algunos autores encierra, no corren parejas con la regulación efectiva de tal derecho en la legislación ordinaria.

Por lo que llevamos dicho, y esperamos que demostrado, en esta tesis, es precisamente su falta de desarrollo legal post-constitucional, y en especial los requisitos y efectos procesales, los que convierten a esta institución en un adorno no demasiado brillante de nuestras Constituciones.

La única eficaz utilización del derecho de petición, resulta en los primeros tiempos del constitucionalismo, porque a su sombra se crea en España el recurso específico de inconstitucionalidad ante las Cortes. Así resulta que una vez independizado este recurso, legal y doctrinalmente, de este apoyo analógico inicial, los legisladores de 1.821 intentarán llenar el vacío producido por esta independización formulando una específica ley del derecho de petición, que es la única que existe a lo largo de todo el siglo XIX.

Las prevenciones son como veremos de carácter más bien restrictivo, y las normas procesales que encierran tienden a limitar tanto el abuso del derecho como la posible limitación o violación del mismo por parte de la Administración.

En este sentido se trata de evitar que a través de este mecanismo aparezcan por una vía indirecta las temidas, hasta el momento, asociaciones representativas. Se establece, en este sentido que "cualquiera que sea su número, no pueden nunca tomar la voz del pueblo, ni de ninguna corporación, sociedad, ni clase, aunque pertenezcan a alguna de ellas para otros efectos". Por otro lado, tales asociaciones, cuerpos o colegios representativos no podían representar sino en las cuestiones específicas de su instituto. (139)

Como desarrollo de este espíritu, y en leyes no específicamente dirigidas a la regulación del derecho de petición se prohíbe la utilización de éste a los municipios y consejos provinciales, en el periodo de 1.848, a los que se prohíbe elevar peticiones de carácter político al Gobierno. (140) Esta norma, y por la vía de la introducción de el correspondiente precepto en el Código de Justicia Militar, prohíbe tal práctica a los militares, adquiriendo, en la Constitución de 1.876 esta prohibición rango de norma fundamental. (141)

El Código Penal de 1.870 es el único que reprime la conducta del funcionario que impida el ejercicio del derecho de petición.

e) Derecho de manifestación (142)

Los derechos que se van a estudiar a partir del presente - mantienen entre sí una íntima relación, especialmente en lo que se refiere al régimen legal de su vigilancia y control administrativo, y por consiguiente en la disciplina legal sobre protección procesal.

La manifestación es un fenómeno muy abundante en la historia del siglo XIX. Propiamente, la Historia contemporánea española se puede decir que empieza con un motín: el de Aranjuez. La historia está llena de estos fenómenos colectivos que incluso tienen mayor incidencia aún que la señalada: motín de la Granja, noche de San Daniel, etc....

Pues bien, la concreta regulación positiva de este fenómeno es muy tardía, y aún más lo es, como en el caso de todas las de-

más libertades a que nos vamos a referir de inmediato, su consagración consitucional, que ya se ha examinado.

Hasta 1.864, la regulación de las manifestaciones se refiere exclusivamente a los posibles desórdenes públicos que pueda comportar alguna vez este hecho, que se connota como puro dato fáctico. Las manifestaciones existen, como no pueden menos de reconocer los legisladores, pero no se consideran, no sólo derecho fundamental de la persona, sino ni siquiera fenómeno jurídico, más que por los efectos accesorios de desorden que puede acarrear, y así solo se tipifica su abuso penal, o contra el orden público.

Por ello se puede decir con ARTOLA, que el fenómeno de la manifestación no se prohíbe, si siquiera en el período absolutista, aunque sí la asonada o motín o sedición que entonces se equipara a toda manifestación favorable a las opciones políticas contrarias al sistema imperante. (143)

La época constitucional liberal gaditana, o el trienio que de ella tra inmediata causa, no estima como derecho subjetivo de la persona el de manifestarse.

La legislación ordinaria es esencialmente represiva de la manifestación de tipo crítico, (144) que es la que presenta naturalmente problemas en su legitimación. La opinión respecto de estos fenómenos es clara. El decreto del 17 de Abril de 1.821, que trata sobre una serie de delitos políticos, en una norma dictada urgentemente a raíz de ciertos movimientos contrarios al régimen, habla de la sedición o alboroto popular, en una indefinida relación de delitos de tipo político. (145)

Es el Código Penal de 1.820 el que primero establece la perfecta tipificación de las diferentes conductas contrarias a la seguridad interior del Estado, entre las que distingue la sedición, que naturalmente se cualifica por la existencia de un propósito de utilización de armas, de otros delitos contra el orden público, entre los que se encuentran los motines, tumultos, asonadas u otras conmociones populares. Resulta curioso contemplar la dureza de las prevenciones del Código en la descripción de lo que se considera asonada ilegal, cuyos puntos más críticos son que bastan cuatro personas intervinientes para definir la asonada, que se considera ilegítima aunque sea para solicitar cosa justa, o simplemente a causa de cualquier modo escándalo o alboroto..., y que se reprimen por la autoridad militar. (Art. 300)

El ámbito de la declaración no deja lugar a dudas de que la visión de los liberales es contraria a las manifestaciones de un modo total, y que sólo considerarían lícitas las que careciesen precisamente de todos los elementos sociológicos que caracterizan este tipo de expresiones populares.

La segunda época de Fernando VII es la que más eficazmente va a luchar contra este tipo de manifestaciones, que no sean, como ya se ha señalado, de adhesión a su persona o régimen, o acompañamiento de medidas de castigo o represión a las que fueron tan inclinados los servidores de aquel régimen, tratando por todos los medios de aportar un cierto refrendo popular a sus despoéticas medidas. Entre los medios que van a utilizarse con eficacia será la Policía, de creación en los años 1.824 y 1.827, a la que se atribuye de modo general, pero característico y casi

justificativo de su existencia, el mantenimiento del orden público.

La práctica restrictiva se continúa en la época de la regencia, p.e. el Código Penal en proyecto de 1.834 que no sólo castiga la asonada etc., sino que además la amplía por medio de la generalización de su definición, hasta el extremo de que cualquier reunión de más de dos personas que no sea exactamente para alabar el poder constituido, y por supuesto, aunque sea sin armas -la tenencia de garrotes o palos ya significa un agravamiento- supone la tipificación de una conducta reprimible por la vía militar. (Art. 135)

Idéntico planteamiento se mantiene durante todo el periodo moderado de la primera época, en especial bajo Isabel II. El orden público es un tema de primordial preocupación para los gobernantes que se esfuerzan por plantear todo tipo de medidas para su observancia. Incluso sin la existencia de una ley específica sobre esta materia (sólo son las ya citadas de 1.821 y la de 1.870, las que se ponen en vigor en esta época), se arbitran instrumentos represivos institucionales: Milicia Nacional, Guardia Civil, o se establece la posibilidad de la intervención militar, incluso cuando los preceptos del Código Penal de 1.822 -han sido derogados en este aspecto por los de 1.848. Los militares adquieren competencias en este punto por las Instrucciones de 1.856 y 1.857, que luego comentaremos. Pero de modo muy especial se trata de reprimir en este período, la aparición de estos fenómenos, por la vía indirecta de castigar duramente al funcionario que haya permitido su celebración. Así los Reales Decretos de 6 y 8 de Agosto de 1.835, señalan la posibilidad de des-

tituir a quien no cumpla con este deber, cuyo apoyo en definitiva está en la solicitud de ayuda por parte del estamento militar, que a las tres consabidas intimaciones disolverá la reunión por la fuerza.

La opinión sobre esta libertad es recogida en una R.O. citada por ARTOLA, (146) en la que se señala que, existiendo la prensa periódica y el derecho de petición, se justifican la prohibición absoluta de toda otra posible manifestación política. Y esta idea manifestada en 1.845, se vuelve a repetir en 1.856, bajo otros supuestos ideológicos totalmente diversos.

Las prescripciones del Código de 1.848 siguen siendo terminantes, y aún más graves puesto que equiparan absolutamente lo que hasta entonces se había considerado de alguna manera distinto, como son los delitos de sedición y manifestación. La equiparación es para obtener un especial agravamiento de la represión de este tipo de conductas y su castigo penal. (147)

Las medidas que se arbitran hasta 1.864 son de carácter in directo : la creación de cuerpos de carácter policial, pero de corte militar, como son la Milicia Nacional, o la más específica de la Guardia Civil, a la que se mentaliza totalizadamente. en el sentido de que su misión justificadora es el mantenimiento del orden público externo, de tal manera que desde entonces se equipara manifestación y conducta anti-militar ordenándose proveer su restablecimiento a los jefes, oficiales y números, aún sin intimación de la autoridad civil.

Es en los últimos momentos del reinado de Isabel II cuando se produce la primera medida legislativa de orden administrativo

y no penal, en la que se enfrenta el Gobierno, no sólo con las reuniones abiertas (el nombre de manifestación es muy posterior) de caracter ilegal, sino tambien con las legales, por lo menos hasta la fecha indicada. (148) Se establece en esta ley la necesidad de la licencia previa de la autoridad administrativa - correspondiente para toda "reunión convocada en calles, plazas, paseos, u otro lugar de uso público". Las reuniones no convocadas de esta manera se considerarán ilícitas y podrán ser disueltas en cualquier momento. (Art. 1º) De esta ley se deriva también el famoso número de las veinte personas como constitutivo de la publicidad de la misma. (Art. 2º) La autoridad en todo caso, y aún concedido el permiso, puede acordar la suspensión a la vista de lo que pueda acaecer en la misma reunión pública". (Art. 6º)

Se trata, como se ve, de una rudimentaria regulación de dos fenómenos muy entrelazados, como son la reunión pública y la manifestación. Su carácter es totalizador: se extiende a las procesiones cívicas, séquitos y cortejos de igual índole, que puedan embarazar el tránsito por el número de los concurrentes o perturbar de cualquier manera el orden público. (Art. 2º)

La Constitución de 1.876 que participa de esta concepción contraria y plena de perjuicios contra las manifestaciones públicas, no menciona para nada esta libertad fundamental. Pero nuevamente, la redacción del Código Penal es contradictoria con la Constitución al distinguir asociaciones legales de ilegales, y castigar como veremos a los funcionarios que repriman sin justa causa el ejercicio de este derecho. Sin embargo en este tema, en contraposición a otros casos ya señalados, la jurisprudencia

adopta una actitud permisiva de estos fenómenos, junto con los de asociación, y precisamente cuando esta orientación sufre una cierta inflexión negativa hacia este derecho, el Gobierno de SA GASTA legislará orgánicamente sobre esta materia. (149)

Lo que sí es característico en toda época moderada, frente a la regulación democrática, es el régimen de autorización o simple aviso previo. La importancia de esta medida es grande, sobre todo, ante lo difícil, aunque no imposible, de las reclamaciones a la autoridad gubernativa por la no concesión de la licencia.

A este régimen, tímido en la regulación ordinaria, y silencioso de su carácter de derecho fundamental constitucional, se opone rotundamente el sistema no ya progresista -ninguna de sus constituciones (1.837 o proyecto de 1.856) recogió este derecho- sino el democrático de 1.869 y 1.873.

La primera medida legal de absoluta liberalización de este derecho es de 1 de Noviembre de 1.868 que permite las reuniones al aire libre, para los objetos no reprobados por las leyes, con tal de someterse a las prescripciones de la Ordenanza municipal en cuanto puedan interceptar la vía pública y ser un obstáculo a la libre circulación. De acuerdo con la intención manifestada en esta ley, la Constitución reconoce paladinamente el derecho identificándolo con el de reunión pública, con la limitación ya señalada de que deba celebrarse de día, y con sujeción a los requisitos ya señalados.

El Código Penal de 1.870 plantea el régimen de protección

penal que ha sido recogido, con toda extensión y siguiendo sus directrices, por los Códigos más modernos. La protección es doble, precisamente de acuerdo con las pautas estructurales que vemos repetirse en todas estas libertades de ejercicio, protección de la esfera de acción permitida por la ley, y represión de las conductas abusivas. Así castiga a los funcionarios que arbitrariamente impidan el ejercicio de este derecho, y, al mismo tiempo, penaliza las reuniones públicas o manifestaciones que no reúnan las características señaladas para su licitud.

La tipificación de ambos tipos de delito es muy cuidadosa:

- a) En cuanto al ámbito de ejercicio del derecho, se describe - así: Son reuniones o manifestaciones (vemos que se incorpora a la legislación este segundo concepto: lícitas:(Art.189)
- Las que respeten las normas de policía (se produce en este caso una remisión a legislación de inferior grado, puesto que no se hace reserva de ley para la fijación de estas condiciones de policía, y con ello el Código se puede mantener cuando estas normas resultan limitadas, por la exigencia de autorización previa, como ocurre en la Orden de 7 de Febrero del 75 o la Ley de 1.880, frente a la simple exigencia de aviso previo del Decreto de Noviembre del 68) (Art. 189, 1º)
 - Las que nó se celebren por la noche. (Art. 189, 2º)
 - Siempre que no asista un número considerable de ciudadanos con armas. (Art. 189, 3º)
 - Y con tal de que no se propongan la comisión de delitos, o no se cometa en ellas. (Art. 189, 4º)

La ley distingue además los supuestos de participación, distinguiendo los meros asistentes, de los promotores o directores: (Arts. 190 y 191) así como los casos de simple tentativa. (Art. 192)

b) En cuanto a la protección contra la violación del derecho así delimitado: Se castiga al funcionario público:

- Que impida a un particular individual la asistencia a las reuniones o manifestaciones lícitas. (Art. 229, 1º)
- Que impida la celebración de este tipo de celebraciones o las disuelva sin causa justificada. (Art. 231, 1º)

f) Derecho de reunión (150)

La tipificación de esta libertad debe ser objeto de una - cuidada matización. Se trata de un derecho situado entre el de manifestación, con el que muchas veces se confunde, y el de asociación. Se diferencia este tipo de manifestación por su carácter más restringido o reservado. Es lo que los textos legales - llaman reuniones en local cerrado, aunque sea público. De la asociación se distingue naturalmente por la ausencia de la creación de un ente jurídico con total o parcial personalidad, la falta de estabilidad en su propia existencia y en el objeto perseguido.

Por todo ello, la regulación legal ha de diferir, precisa- mente, porque su existencia no afecta, en la medida que las manifestaciones, al puro orden público exterior, y tiene menor - incidencia que las asociaciones por la falta de formalización jurídica interna.

Estas son las razones por las que su existencia fué más - permitida en el siglo XIX, al no afectarse de modo tan directo bienes jurídicos muy queridos para los legisladores de este siglo.

Junto a estas causas se encuentra otra de igual relevancia como es que la reunión para la expresión de opiniones políticas es una de las más poderosas impulsoras del fenómeno de desarrollo político del Nuevo Régimen.

La relativa inorganicidad del movimiento político alrededor de Cádiz, hace que las frecuentes tertulias existentes en la ciudad, al tiempo de las reuniones de las Cortes, no lleguen a cristalizar en una cierta formalización. (151)

Sólo, tras la primera etapa del absolutismo, surgen las - llamadas "Sociedades Patrióticas", fenómenos aún no asociativos, sino que se derivan de las tertulias más o menos fijas y se constituyen como "reuniones periódicas en algún sitio público y cerrado para discutir cambios políticos y cooperar a su recíproca ilustración" (152)

La actitud de la autoridad ante la proliferación de este tipo de reuniones, ante el éxito de la primera celebrada en el café de Lorencini, y que se orientan de modo plural dentro del - amplio espectro de opiniones políticas existentes en el momento, de franca preocupación. Así el 21 de Octubre de 1.820, y sin regpetar que precisamente este tipo de "Sociedades" son las que más han cooperado al advenimiento del Gobierno liberal, se imponen una serie de medidas restrictivas, entre las que se encuentra - la autorización previa. Además de esta prevención, y a instan-

cia específica de MOSCOSO DE ALTAMIRA, se introduce un precepto especial en el que se prohíbe la asunción por estas sociedades de la representación popular: "Los individuos así reunidos, no podrán jamás considerarse corporación, ni representar como tal ni tomar la voz del pueblo, ni tener correspondencia con - otras reuniones de igual clase". (153)

El arraigo popular de las Sociedades, entendiendo por popular su extensión a multitud de regiones españolas, aunque no disfrutaran de ellas más que el sector más escogido de preocupados por las cuestiones políticas e informados sobre las mismas, produce que al año siguiente, como recoge GIL NOVALES, una nueva iniciativa extraparlamentaria, con un centenar de firmas, para su restablecimiento. Se presenta a la vez, un proyecto de ley del diputado PUIGBLANCH, al que tampoco nadie presta atención, y en la misma sesión lo que se hace es tratar de un Reglamento para la recta interpretación, naturalmente restrictiva, - del Decreto de Sociedades de 1.820. A pesar de presentarse como reglamento y no como ley, el Rey se niega a sancionarlo y - afirma la suficiencia de la ley anterior para regular esta materia . Es evidente que el propósito real es dejar a la arbitrariedad del Gobierno la autorización de las reuniones para discusión. (154)

Aún se conoce por las mismas Cortes otra petición popular de regulación de esta materia, que es devuelta por las Cortes. Sin embargo, en la legislatura siguiente, el 17 de Octubre de 1.822, se presenta un nuevo proyecto de ley, de carácter más - abierto, en consonancia con la nueva orientación de estas Cortes: señala un plazo mínimo de doce horas entre el aviso a la autoridad y la reunión, y exige un estatuto para el caso de -

constituirse con reuniones periódicas , reiterando la disposición por la que se prohibía la asunción de funciones representativas. (153)

La regulación del Código Penal de 1.822 es específica contra los sujetos que formen parte de las sociedades o se reúnan sin las condiciones señaladas por el correspondiente Decreto, e incluso señala la detallada previsión de actos o acuerdos que no pueden adoptar, bajo sanción penal, las citadas sociedades o reuniones. (156)

Una de las medidas más congruentes con los propósitos del absolutismo Fernandino es la derogación y prohibición de todas las sociedades patrióticas y de sus reuniones, así como la persecución de quienes hubieran formado parte de ellas. La regulación de las reuniones se retrotrae, como en tantos otros puntos, a la legislación de la Novísima.

La regencia no contempla la necesidad de ninguna suavización de la regulación absolutista, y por el contrario es especialmente agresiva con este tipo que califica p.e. el Código - en proyecto de 1.834 como clandestina, castigando a sus presidentes con la pena de muerte. (157)

La regulación siguiente, en el periodo denominado con breves paréntesis por los moderados, no se encabeza por la correspondiente declaración consitucional, en el firme convencimiento, ya manifestado en las propias discusiones del Trienio, de que - no se trata de una libertad natural, sino exclusivamente, y como mucho, de una concesión política discrecional (Recordemos - la discusión MARTINEZ DE LA ROSA-ROMERO AIPUENTE sobre la materia). (158)

De este modo la regulación se formula por la vía ordinaria, y sin reconocer como hizo el Código Penal de 1.822, que se trata de una libertad inherente a la persona, y por lo tanto, de una forma muy restrictiva. Existe una leve propuesta, en 1.837, de restablecer las leyes del Trienio sobre estas materias, sin que se lograra llegar a discutir en las Cortes.(159)

A partir de este momento, la necesidad de las reuniones políticas se va a poner de manifiesto, ante la renovación del sistema electoral, que pasa de indirecto a directo. Las incipientes campañas electorales van a exigir una cierta regulación de estas reuniones, ya sin los caracteres de cierta estabilidad, que tenían las Sociedades Patrióticas, ejemplar exclusivo del Trienio Progresista.

La solución legal que se adopta es la atribución a las autoridades provinciales de todas las competencias sobre estas materias, dentro de las correspondientes leyes de organización provincial y electoral.

Así el Decreto de 2 de Abril de 1.845, enumera las atribuciones de los gobiernos políticos y señala en su Art. 5º que - corresponde al jefe político, "Dar o negar permiso para las funciones públicas o reuniones que hayan de verificarse en el punto de su residencia y presidir este acto cuando lo estimen conveniente" (fac. 7ª). Como señala ARTOLA, la relativa tolerancia de algunos gobernadores produjo una cierta preocupación en el Gobierno Central, que se aprestó en 1.852 a dictar una circular sobre la obligatoriedad de la autorización previa de este tipo de reuniones.

El bienio progresista de ESPARTERO se alinea en esta materia en la tipología de regulación legal moderada. Su advenimiento no significó una suavización en las prácticas represivas, tanto más cuanto que tuvo que enfrentarse con multitud de reuniones conspiratorias contra el Gobierno.

La primera regulación específica de los moderados sobre la materia es la de 22 de Junio de 1.864, (160) que contempla - unificados los requisitos de las reuniones públicas en local - abierto o cerrado. Las previsiones especiales para este tipo de reuniones, que se amplía a las no estrictamente electorales, - contempladas como una subespecie, son la autorización previa y la posibilidad de que asista el delegado gubernativo a las discusiones aunque sin intervenir en ellas. Se atribuye la facultad de suspender las reuniones, siempre que a su juicio lo exija la conservación del orden público. (161)

Esta suavización fué pronto neutralizada, para las reuniones más o menos periódicas de casinos, tertulias, reuniones o sociedades de discusión política manifiestas o encubiertas, y que a juicio de los Gobernadores civiles pudieran suponer perturbación de la tranquilidad pública, por medio del Decreto de 1 de Noviembre de 1.868. (162)

Tras el breve paréntesis democrático y republicano paralelo al ya reseñado, se produce la Restauración, con la consiguiente derogación de la normativa permisiva. El Decreto de 8 de Enero de 1.874 se dirige expresamente contra las reuniones en que se estime que existe o puede existir conspiración. La tipificación de éste último concepto es de tal manera amplio, que cabe

suponer comprendido en sus prevenciones cualquier tipo de reunión política no coincidente con el Gobierno. (163)

La regulación de 1.880, que se realiza al mismo tiempo que la de manifestación asume ya la práctica de simple aviso previo sin necesidad de solicitud de autorización. (Art. 1) Naturalmente el régimen formalmente democrático, que se trata de aparentar, resulta pronto contradicho por los requisitos de información sobre objeto, día y hora, y la posibilidad de su suspensión si - cualquiera de esas circunstancias resultaba modificadas. (Art.5) Lo que sí se mantiene con los efectos consiguientes en la efectiva ampliación de la libertad de reunión es el régimen de protección penal enormemente estricto que introdujo el régimen democrático, y que a continuación examinamos.

La libertad de reunión no aparece mencionada específicamente en los manifiestos de las Juntas que son coetáneas a la revolución del 68. Fué el Gobierno provisional el que la incluye en su propio manifiesto de 25 de Octubre.

La primera regulación es la de 1 de Noviembre, "queda sancionado el derecho de reunión pacífica para objetos no reprobados por las leyes, con el único requisito del aviso previo". - La misma preocupación que se manifestó en el Trienio por evitar que este tipo de reuniones supusieran malinterpretación de la voluntad general, se manifiesta también en esta ley. Para evitar tal efecto, en vez de afirmar este propósito de modo directo, incluye un indirecto precepto: "El objeto de las reuniones públicas se entenderá terminado en ellas, y sus acuerdos no podrán - producir efectos posteriores de carácter periódico o permanente". (Art. 5) Con ello se evita también la posibilidad de fundar aso-

ciaciones bajo la forma externa de reuniones periódicas.

Proclamada la libertad con esta amplia orientación, pronto se observa el abuso que en ella se comete, con el propósito según el propio Ministro de la Gobernación de que este uso ilegítimo fuerce al Gobierno a suprimir totalmente tal libertad - (Orden de 3 de Diciembre de 1.868). Esta recomendación se tife de mayor dureza, con posterioridad a la Constitución, en la Orden del 25 de Septiembre de 1.869. (164)

Un año después, se publica el Código Penal que contiene - precisiones sobre esta libertad, rompiendo el silencio sobre - ellas que había guardado el de 1.848. (165)

La disciplina de las reuniones se unifica en este texto - con el de las manifestaciones, examinada en el apartado anterior.

g) Derecho de Asociación (166)

El carácter esencialmente individualista de la revolución liberal del siglo XIX planteó con una gran desconfianza la constitución de cuerpos intermedios entre el Estado y los particulares. Una de las cuestiones por las que más se reprimió el derecho de reunión es, como acabamos de ver, el aspecto de organización permanente o corporativa con que a veces se pretendían estabilizar tales reuniones. Como veremos este tipo de prevenciones subsiste a lo largo de todo el siglo, especialmente en lo - que se refiere a la expresión de la voluntad y los intereses que puedan rozar de alguna manera con lo político. Su regulación irá muy unida a la de las reuniones, por todo ello, en lo tocante a este último tipo de entidades de opinión o defensa política.

A duras penas, pero con una creciente tolerancia, mientras se mantuvieron en el campo puramente laboral (entonces dentro - de la materia mercantil) se fueron autorizando asociaciones de trabajadores, hasta la aparición del marcado carácter político que históricamente debieron asumir.

La legislación de Cádiz se enfrentó con este problema de - modo indirecto, pero decidido, dentro de la regulación de uno de los dogmas de la revolución liberal, como era la disolución de los gremios, ya mencionado en el apartado de la libertad de Industria. El Decreto de 8 de Junio de 1.813 sanciona la libertad para incorporarse a los respectivos gremios laborales, cuyos estatutos se modifican en este punto.

La gran preocupación por el asociacionismo político presente en todo el Trienio liberal ya ha sido puesta de relieve al tratar de las reuniones. Asimismo se hizo mención de los correspondientes preceptos del Código Penal de 1.822, añadiendo ahora que a los supuestos de castigo manifestado más arriba, se une - la prohibición de la constitución, sin licencia del gobierno, - de sociedades que tomen iniciativa política-en lo que implícitamente se está reconociendo su limitada posibilidad- o que mantengan correspondencia con otras sobre estos temas. (Art. 320)

Naturalmente hemos de recordar que el texto llama socieda-des a las peculiares reuniones patrióticas existentes entonces, a las que se reprime su formalización, o su estabilización como "corporación", que es el término legal con el que se proscriben las que nosotros llamamos ahora asociaciones, con una preocupa-ción fundamental por impedir su confabulación.

Por lo que se refiere a la asociación gremial, el Decreto del 16 de Mayo de 1.820 restaura el de 1.813 sobre la libertad gremial.

La subida al poder del absolutismo restaura el gremialismo por decreto de 1 de Octubre de 1.823 -como en el periodo - absoluto anterior lo había hecho la Circular del 29 de Junio - de 1.815-. Se propone también en 1.825, la reordenación general de las ordenanzas gremiales en unas bases, que nunca llegaron a dictarse. (167)

En los primeros años de la Regencia de María Cristina, se produce la reorganización de los gremios de conformidad con el espíritu competitivo burgués, en el Real Decreto de 20 de Enero de 1.834 (obra de JAVIER DE BURGOS), en una maniobra de carácter híbrido, como el que caracteriza a todo este periodo. Se - mantienen los gremios, pero sin la posibilidad de fijar las condiciones excluyentes de la actividad por parte de los sectores productivos no agremiados, excepto en el peculiar y curioso caso de los panaderos. Se confiere a los gremios así regulados - una misión especialmente corporativa y de auxilio recíproco.

El advenimiento de los progresistas, con el deseo de vigorizar los supuestos liberales individualistas de Cádiz, producen aún antes que la formulación del nuevo texto constitucional, la supresión total de los Gremios por Decreto de 2 de Diciembre de 1.836.

Lo que se sigue persiguiendo tenazmente, de el modo ya señalado, es la posible aparición de cualquier sombra de institucionalización corporativa de la opinión política, hasta el ad-

venimiento de la revolución de 1.868. Incluso las reuniones - esporádicas de carácter electoral se someten a una dura disciplina. Como dice ARTOLA, "mediado el siglo y con ocasión de las segundas elecciones convocadas por BRAVO MURILLO, uno de los - comités electorales incurrió en el delito de ponerse en comunicación con algunos otros de provincias diferentes, provocando con ello la inmediata orden de disolución de cualquier asociación de carácter político de más de 20 miembros, aunque tales se dividan y reúnan por secciones de menos de 20 personas, precaución legal que hace pensar en una práctica común de esta - fórmula para evadirse de las normas establecidas". Tales normas eran las prescripciones del Código Penal de 1.848, que señalaba como una de las fronteras legales este preciso número de - personas. (168)

El capítulo IV de dicho Código castigaba a los miembros - de las sociedades secretas, con la posibilidad de perdón a los delatores, y preveía la autorización de asociaciones para fines explícitamente no políticos de más de 20 personas. Su antecedente -Código Penal de 1.822- asumió ese mismo tono represivo y - desconfiado. (169)

La evolución de las asociaciones laborales es más abierta, hasta el momento que hemos señalado más arriba. Así, la Real - Orden de 28 de Febrero de 1.839 es el primer texto español que autoriza una asociación obrera "bajo una de sus formas: las sociedades de socorros mutuos". Sin embargo por otro lado, una - serie innumerable de disposiciones de rango inferior ordenaron la disolución de la Sociedad de Tejedores que se había constituído al amparo de aquella Real Orden -camino seguido por otras asociaciones obreras- y que logró sobrevivir a través de un for

cejeo con las autoridades hasta la llegada de NARVAEZ. (170)

En esta larga lucha, en la que un incidente más es la publicación del Código Penal, al que hemos hecho referencia en lo que se refiere al asociacionismo, y que no prohíbe directamente este tipo de sociedad de socorros mutuos, pero que penaliza la principal de sus armas reivindicativas: la huelga, penalizando la "coligación para maquinar sobre el precio de las cosas", (Art. 461) termina en 25 de Agosto de 1.853, (171) en cuya fecha una Real Orden suspende la eficacia de la de 1.839, ordenando que este tipo de sociedades se ajusten en el futuro a la forma de sociedades mercantiles.

Como señalan ARTOLA y ALARCON, (172) el bienio progresista no significó ningún avance legislativo sobre esta materia, aunque la realidad es que hubo abundante movimiento, al amparo del recordado derecho de asociación, e incluso un proyecto (de ALONSO MARTINEZ) sobre ejercicio, policía, sociedades, jurisdicción e inspección de la industria manufacturera. (173)

El nuevo advenimiento de los moderados renovó y reforzó las medidas contra este asociacionismo. Así el Decreto de Abril de 1.857, suprime todas las asociaciones obreras del tipo que fuesen, sin permitir en ningún momento y sin posibilidades de apelación, la reorganización de sociedades de socorros mutuos, o la nueva de cooperativismo, que es la fórmula que se intenta sin éxito. (174)

La batalla, sin embargo, a lo largo de todo este tiempo, - va produciendo un cierto efecto, y obliga a los moderados a adoptar posiciones llenas de contradicciones, que se manifiestan en

este punto más que en ningún otro, por el denodado impulso de el sector social que tienen enfrente. Así en 1.861, bajo O'DONELL se producen dos textos legales. El primero de ellos de 10 de Junio de 1.861, califica de utilísima desde el punto de vista moral, social y económico, la constitución de sociedades de socorros mutuos, rechazando sin embargo la petición colectiva de libertad para crearla y reiterando la obligatoriedad de someterse a las prescripciones dictadas en 1.859 sobre cooperativas de beneficencia. La revuelta campesina de Loja, hace que el Gobierno acierte a comprender la honda carga política de este tipo de asociaciones, y así por boca de POSADA HERRERA, en la exposición de motivos de la Real Orden del 9 de Julio de 1.861, se dice que es necesario adoptar una postura defensiva "...contra la pertinacia con que se procura arrancar de raíz los sentimientos de religión y moral cristiana, etc.... guerra insidiosa, sorda, malévol, dirigida a la sombra de las leyes contra las leyes mismas...".

La disposición reguladora de la libertad de asociación tan veces aludida de 22 de Julio de 1.864, plantea en su filosofía la misma preocupación que explicitaba en el año 66 el mismo POSADA HERRERA. Se presenta un proyecto de sociedades públicas, con expresa mención de la autorización de las obreras, - siempre que se asegure su no conversión en políticas, en manifestaciones innumerables veces repetidas por el mismo POSADA a los Gobernadores Civiles, mientras fué Ministro. (175)

La segunda etapa del moderantismo español, el correspondiente a la Restauración no puede, como en tantos otros temas, olvidar la experiencia democrática anterior. Luchará entonces - entre la necesidad de afirmar un régimen de libertad incluso -

para las asociaciones de carácter político, con las de carácter laboral.

La primera medida adoptada, es la supresión de las sociedades o reuniones políticas en que se conspire, entendiendo por esta figura algo muy extenso "...persiguiendo hasta sus más disimulados y recónditos abrigos a los perturbadores de la tranquilidad pública y a toda sociedad que, como la llamada Internacional, atenta contra la propiedad, la familia y demás bases sociales. (8-1-1.874) Esta normativa represiva, se mantiene - aún a pesar de su pretendido carácter provisional- hasta 1.887. Ajustando su práctica a la "cuarentena" que significa p.e. la Orden de 17 de Febrero de 1.875, en la que se suspenden las - Asociaciones políticas, derogando por una orden un precepto - constitucional, por las necesidades coyunturales de la Restauración. La represión se extiende incluso a las que carecían de estos fines políticos, pero se estimará por el poder de estos objetivos que existían encubiertos bajo los declarados. (176)

Bajo el gobierno conservador se mantiene esta disciplina, que sólo es revisada en la ola legislativa liberal de SAGASTA, en 1.887 con la laudable ley de AZCARATE (30 de Junio) sobre - asociaciones de todo tipo, incluso los políticos. Según esta - ley, el control de tales asociaciones queda entregado a los Gobernadores, (Art. 3) quienes pueden prohibir su constitución - cuando los estatutos no fuesen conformes con los fines previstos por la ley, y exigir determinados informes en relación con los miembros, recursos y fines de la sociedad. (Art. 4) La autoridad gubernativa "podrá penetrar en cualquier tiempo en el domicilio de la sociedad". (Art. 12) Para la disolución de la sociedad no basta la decisión gubernamental, sino que es nece-

saría la decisión judicial. (Art. 14)

Es en este tiempo, y al amparo de esta ley cuando se produce el desarrollo del fundamental asociacionismo, el político-laboral, que por sus características y radicalismo ideológico produce en los años 90 una regresión gubernamental: las medidas legislativas se dirigen entonces contra las asociaciones que se estiman contrarias a la moral pública, entendiendo por tales - las que ataquen instituciones como la propiedad privada, o aquellas que puedan encubrir fines terroristas. (177)

El régimen inmediato anterior es el inaugurado por la revolución de 1.868. Tanto en diversos manifiestos de Juntas Provinciales, como en el de la Junta de Madrid, se hace mención - del derecho de asociación, junto con el de reunión pacífica.

Poco después de la regulación del de reunión, el 20 de Noviembre de 1.868 se sanciona el derecho de asociación, cuyo único requisito es el de poner en conocimiento de la autoridad el objeto de la asociación y los reglamentos o estatutos por los que haya de regirse. Esta ley tiene además del propósito de instaurar el derecho de asociación, el de limitar y, en determinados casos, impedir la existencia de las asociaciones religiosas en España. En este conjunto de preceptos "se prohíbe a las asociaciones, cualquiera que sea su objeto, reconocer dependencia, ni someterse a autoridad establecida en país extranjero", o recaudar fondos con destino a objetos de beneficencia, instrucción u otros análogos, sin publicar anualmente las cuentas de su gestión así como en ingresos y gastos. (Art. 4 y 6 del Decreto Ley de 20 de Noviembre de 1.868).

El ataque a este tipo de asociaciones, que produjo la presentación de varias enmiendas a la normativa constitucional de 1.868 al tratar de asociacionismo como derecho fundamental, sufrió los vivos embates de la derecha. Sin embargo, los auténticos problemas y contradicciones de los diferentes Gobiernos y sistemas democráticos del sexenio se iban a producir, no por la entereza en mantener estos supuestos, sino por la oposición a la creación de un auténtico movimiento obrero.

Así, el inicial tenor del Decreto citado, no contempla con desconfianza este segundo tipo de asociaciones. La actuación e incidencias posteriores -expuestas por ALARCON- (178) plantean ya en el año siguiente una modificación de los criterios no sólo del Gobierno, sino también de las Cortes, que se aprecia en la lectura de las discusiones sobre los problemas de asociaciones religiosas, contra las que no se manifiestan los diputados con tanto temor, como contra las posibles sociedades obreras.

El punto de inflexión es el Código Penal de 1.870 en el que se acentúa el cambio de orientación del régimen, por cuanto que desaparece la prevención frente a las sociedades religiosas y se da enorme amplitud a las circunstancias que permiten perseguir como ilícita una asociación obrera. En efecto, la tipificación de ilicitud no repite los conceptos del Decreto Ley de 1.868, sino que plantea una remisión de segundo grado, que va a permitir el mantenimiento de este Código, en tema tan crítico, bajo la Restauración canovista. Así se habla de asociación ilícita la que tenga por objeto actos contrarios a la moral, o pretenda la comisión de un delito (Art. 198) -naturalmente cuidando de penalizar en el mismo la principal arma de la acción obrera, la huelga, bajo la fórmula legal de "coligación

para alterar el precio" (Art. 556) que ya hemos conocido en el de 1.848.

Junto a esta protección que delimita el campo de ejercicio del derecho, se arbitran también por el Código las correspondientes normas preventivas del abuso al reprimir esta libertad, en el mismo sentido de castigar al funcionario que impida el ejercicio de este derecho a un individuo o a la propia asociación. (Art. 232 y 234)

La defensa jurisdiccional, plenamente reconocida desde 1.887 -en la ley AZCARATE- no dió sin embargo lugar a una jurisprudencia importante. (179)

La que existe se puede dividir en dos periodos:

- a) Hasta 1.884, en que existe una cierta tolerancia hacia las asociaciones. (180)
- b) Desde 1.884, en que cristaliza el concepto conservador de moral pública. (181)

B) Derechos de participación política (182)

No puede resultar extraño que, en este trabajo, se contraponga a los derechos de libertad, los derechos de participación política, que constituyen el segundo de los grandes grupos de derechos fundamentales, no sólo deducidos de una contemplación puramente conceptual de los mismos, sino de la propia experiencia histórica a la que nos estamos refiriendo. Efectivamente, - el derecho a la participación política es novedad esencial del Régimen, aunque su declaración como derecho fundamental no se

produzca hasta bien entrada la segunda mitad de siglo.

Los estudios que se han hecho sobre la participación política se centran en torno al tema de la efectiva representación popular, su transparencia, su eficacia, etc. y la convierten - en un dato de hecho que se analiza desde perspectivas eminentemente sociológicas. (183)

La finalidad de este trabajo es muy diferente en cuanto a su objeto formal: se trata de analizar la participación política como contenido de un derecho fundamental subjetivo público, y la protección procesal que este derecho ha conocido. Las limitaciones que ello impone son obvias. En primer lugar, no siempre se ha considerado el derecho a participar como algo incondicionado, o, al menos, sólo sometido a las condiciones que imponía la evitación de conductas estimadas por el poder como ilegítimas o abusivas. La participación política, más que un derecho, era propiamente el mecanismo de funcionamiento de una realidad organizativa o estructural, presidida por hipótesis operativas, dentro de las cuales se encontraban las leyes que determinaban: qué sujetos debían participar en la adopción de decisiones electorales y con qué condiciones. En ese sentido no repugnaba el - sufragio censatario, o indirecto. Y en este mismo orden de cosas, se podía explicar perfectamente, que las más desarrolladas normas de garantía de autenticidad y efectiva participación, se encontrasen en las normas electorales, donde las posibilidades de recursos y accesos a la jurisdicción en casos de violación de - la normativa electoral fuesen las más perfectas, por lo menos - en comparación con otros derechos subjetivos políticos, fundamentales o no.

Pero al mismo tiempo, esta concepción es la única que puede explicar la abundante manipulación electoral. Ya hemos visto cómo determinados políticos, y en un caso concreto ROMERO ROBLEDÓ, con ocasión de la discusión sobre el sufragio universal en las Cortes de 1.869, afirma que no cree que el derecho al sufragio universal sea "natural", y que por ello sabe y expone con pormenor "los instrumentos" para el mejor aprovechamiento de tales prácticas democráticas. (184)

Bajo este punto de vista, hemos de subdividir este apartado en varias cuestiones, pero siempre a la luz de esta orientación previa.

1.- Derecho a la participación como no fundamental

La revolución de Cádiz significó el fin de la representación sectorial, por brazos o estamentos. Lo que importa es el triunfo de la idea de representación nacional, que es, como señala ARTOLA, el eje conceptual de la nueva organización de la participación política, (185) cuya vieja integración en tres brazos se considera contraria a la igualdad natural de los hombres y al radical individualismo.

Pero hay otra finalidad explícita en la idea de representación, en Cádiz, los reunidos provisionalmente para formar las Cortes se deciden en cuanto al sistema de representación por el indirecto y universal, desde la primera Instrucción para la elección a Diputados a Cortes. La Exposición de motivos resulta esclarecedora porque pone de manifiesto la preocupación fundamental que se persigue con ese sistema (de 1 de Enero de 1.810). Se trata de que a las Cortes vengan, no sólo los que mejor re-

presenten a los ciudadanos como colectivo o como personas individuales, que es lo que en definitiva va a fundamentar la construcción del derecho subjetivo, sino que se atribuya la representación "a personas que por sus virtudes patrióticas y por su acreditada prudencia puedan contribuir a que se tomen con tino y acierto, todas las medidas necesarias para establecer las bases sobre las que afianzar el edificio de la felicidad pública y privada".

Esta visión, que sobrepone el mérito y la capacidad a la transparencia de la representación no dista mucho de la sentida por el antiguo régimen, y su cercana perduración en la estamental reflejada, aún en la Constitución de Bayona. Es esta la que justifica en definitiva el sistema indirecto, aunque universal, pero la que, sin necesidad de modificar sus supuestos ideológicos, va a justificar en el futuro el sufragio censitario. (186)

La Constitución de 1.812 contiene normas electorales, con el mantenimiento del sufragio universal, e indirecto en tres niveles -parroquia, partido y provincia- y la supresión de la duplicidad de representaciones de la Instrucción -por provincias y por ciudades con Junta- en una sola circunscripción por provincias. (Art. 34)

Los requisitos para ser elector son diversos, según se trate de electores de parroquia, a los que sólo se exige la vecindad y residencia (Art. 35); y de Diputados que han de tener la condición de nacidos en la provincia o avecindados con siete años de residencia. (Art. 91) La preocupación ideológica fundamental es pues doble, por un lado, la justificación de la supresión de los brazos como requisito de una auténtica representación

nacional, y, por otro, la necesidad de que los representantes sean los más aptos para la obra de renovación política que tienen planteadas las nuevas Cortes, en el desarrollo de los preceptos e ideas constitucionales. De ahí la diferente concepción ideológica y jurídica del derecho a ser elector, o ser elegido y el filtro de las elecciones en 4º grado.

Tras el periodo absoluto, la reforma política se inicia - con la de la representación suprema en las Cortes. La idea rectora de esta reforma representa uno de los supuestos vigentes en Cádiz. Así lo reconoce la exposición de motivos del Estatuto Real para la formación de las Cortes de 1.834. "...que el principio fundamental de nuestras antiguas Cortes había sido el dar influjo en los asuntos graves del Estado a las clases y personas que tenían depositados grandes intereses en el patrimonio común de la sociedad". (187)

Ese es el argumento fundamental -a parte del reconocimiento de un derecho histórico a favor de la nobleza y el clero- para justificar la existencia de una Cámara de Próceres, natos o elegidos por el Rey entre los sectores sociológicamente "más comprometidos" con la Nación; además, la formación de un Estamento de Procuradores elegidos por sufragio indirecto y censatario: definidos legalmente por el concepto, que adquiere carta de naturaleza, desde ahora, de las capacidades. Todo ello concretado en el Real Decreto de 20 de Mayo de 1.834 -ampliamente analizado por ARTOLA y VILLARROYA-. (188)

Este sistema del Estatuto Real, fué muy contestado por la opinión pública, a la que repugnaba con mayor intensidad que - otros extremos, la organización electoral sensiblemente limitada. (189)

Esta circunstancia y el propósito de reconvertir la elección indirecta en directa, (190) dieron lugar a una serie de proyectos globales de modificación de la legislación electoral que - se modificó por Real Decreto de 24 de Mayo de 1.836, con ocasión de las elecciones que habían de celebrarse a la caída del Gabinete ISTURIZ. Esta normativa que no llegó a desplegar toda su eficacia, puesto que en el intermedio entre celebración de votación y constitución de las Cámaras se produjo la sublevación de la Granja, introducía en España el sufragio directo, - aunque manteniendo el censitario. (191)

La sublevación de los sargentos, trajo como primera consecuencia la celebración de elecciones, de acuerdo con la Constitución de Cádiz , aplicando nuevamente el sistema indirecto.

La Constitución de 1.837 no recogió la normativa electoral, que se consideró como un punto reglamentario, y destinado a ser recogido por la ley ordinaria, sin que se estableciesen más que leves requisitos como el de ser mayor de veinticinco años y estado secular en los electores , además de recortar las facultades del Rey para nombrar senadores. (192)

La ley electoral del 20 de Julio de 1.837, acorde con el nuevo espíritu, se caracteriza por "la ampliación del cuerpo electoral" (193) pero sin producir modificación en el sistema censitario y las bases doctrinales que tal sistema comporta. La más importante innovación en este texto es el hecho de hacer coincidir las condiciones para ser elector o elegible, lo que supone una ampliación notable de las condiciones democráticas, así como una importante espiritualización de los instrumentos de prueba de la posesión de las capacidades materiales -

espirituales exigidas, de modo mucho más amplio que en normas anteriores. (194)

La caída de ESPARTERO en 1.844, originó el cambio de orientación política que supuso la sustitución de la Constitución de 1.845, que en el terreno electoral contenía una sensible ampliación del número de senadores no electos, con curiosos datos en favor de la nueva nobleza, a la que se exige una renta inferior en la mitad a la requerida a la antigua. En cuanto a los Diputados se establece la elección censitaria y directa. (195)

La ley electoral, a la que remite la Constitución, es de 18 de Marzo de 1.846 y se basa en dos principios expuestos en el preámbulo: "el aumento del cuerpo de representantes", y una decidida "reducción de la base electoral", paralela a la que sufren los elegibles. (196)

Esta tendencia restrictiva, muy por encima de todas las consideraciones a que respondía el sistema, y las menguadas bases ideológicas a que se ha hecho referencia llegan a su límite en el proyecto de BRAVO MURILLO, que originó paradójicamente su caída. En él se elevan todas las exigencias de edad y renta, y se amplía la representación cualificada de la Nobleza (con carácter hereditario) de la Iglesia, e incluso del Ejército, al que se concede por primera vez puestos vitalicios en el Senado. (197)

La reacción que llevó a ESPARTERO al poder significó un nuevo planteamiento electoral. Aunque se mantienen las dos cámaras, se suprime totalmente la representación no electiva, tanto en el terreno doctrinal como en el práctico. En realidad es-

ta normativa no hace sino volver a los supuestos doctrinales - de Cádiz, con correcciones impuestas por la propia evolución de los tiempos. Pero en el tema que fundamentalmente interesa en este trabajo, no se reconoce el derecho fundamental a la plena participación política. El sufragio censitario se mantiene aunque mitigado en sus exigencias patrimoniales, y se vuelven a equiparar las condiciones para ser elector con las requeridas para ser elegido. (198)

La inmediata crisis que derribó al progresismo fué seguida por la vuelta a los textos electorales de 1.846, que se mantuvo en vigor hasta la fecha de 1.865, soportando críticas incluso con propuestas alternativas de regulación, entre las que merece la pena destacar la del marqués de MIRAFLORES, - que pretende imponer el sistema de insaculación, más significativo que pintoresco, puesto que revela el grado de desconfianza que para la mentalidad general tiene el sistema como forma de designación de los más aptos, que es en definitiva lo que justifica toda la complicada casuística electoral del tiempo. (199)

Cuando la situación política se encuentra a punto de estallar, el Gobierno advierte que uno de los más peligrosos indicios es el retraimiento de progresistas y demócratas de las elecciones, y precisamente por ello, como arma política -extremo este que confirma la tesis que se viene manteniendo alrededor del tema del derecho a la elección- se elabora la ley de 18 de Julio de 1.865, promulgada por POSADA HERRERA apercibiéndose de la necesidad de nuevas y más "modernas" instituciones políticas. (200)

Se amplían en este texto las "capacidades" a los profesionales e intelectuales, a los que se pretende recuperar para el

Régimen: académicos, sacerdotes, empleados públicos, militares, profesionales facultativos, artistas, funcionarios forenses y maestros. (Art. 19)

El sistema está "condenado por la falta de apoyo en zonas cada vez más amplias de la sociedad. El aumento en la participación no sirvió sino para incrementar el abstencionismo, al no - lograr que los partidos que se consideraban excluidos del sistema aceptasen cesar en el retraimiento que venían practicando - reiteradamente...". El problema a parte de la amplia distancia que separaba a los proyectos políticos de unos y otros, se encontraba en que el derecho al sufragio se consideraba ya con - otra visión. (201)

b) Derecho fundamental al sufragio

Puede parecer exagerado que bajo este epígrafe, y rompiendo además con la estructura que se ha mantenido por este trabajo al tratar de otras libertades: incorporemos no solo a la legislación democrática, sino también la canovista aún censitaria. En su momento, habremos de señalar que tal práctica se realiza "contra natura", y sin abdicar de la concepción de que el derecho al sufragio es universal, aunque deba de estar sometido a ciertas condiciones, extendiéndose por analogía a las que la legislación de 1.868-1.873 establecía para la privación del derecho por determinadas razones que suponían una excepción más que una regla general.

El sufragio universal es otra de las banderas de la Revolución de 1.868 y se expresa de modo paladino en el Decreto de 9 de Noviembre de 1.868 que determina, sin embargo, una serie de

condiciones, tras la explosión formuladora del derecho fundamental, que convierten a este derecho en algo más restringido que lo debido, y que justificará después la maniobra de CANOVAS. (202)

Así se formulan condiciones excluyentes -procesados, deudores y demás interdictos, etc...- y otras determinantes -mayor - de venticinco años y vecindad atestiguada por el padrón de vecindad- por lo que sólo pueden ser electores los cabezas de familia. (Art. 4 y 5)

Las Constituyentes solidifican el criterio del sufragio - universal, sin hacer referencia alguna a las condiciones del - ejercicio de este derecho y en ellas, en lo que se refiere a lo electoral, triunfan supuestos técnicos menos democráticos, como es el régimen bicameral, y la elección por distritos.

En todo caso, esa indefinición hace posible la ley electoral del 23 de Junio/20 de Agosto de 1.870 por la que se amplía enormemente el número de electores al suprimir la exigencia de la vecindad, con lo que acuden al sufragio tanto los hijos de familia mayores de edad, como los que, reuniendo las demás condiciones, no habían cumplido dos años de residencia.

La Experiencia electoral democrática, aún conoce otra ampliación: la de la ley de 11 de Marzo de 1.873 por la que se concede derecho de sufragio a todos los mayores de ventin años.

La Restauración comienza, para más fuerza del argumento expuesto con anterioridad de la vigencia de la idea del derecho al sufragio como derecho fundamental, con la convocatoria de las -

Cortes con arreglo a la ley de 1.872. Sin embargo, la Constitución que se articula por las Cortes así constituidas, no establece ningún texto sobre la materia.

La elección es un arma política que no se quiere abandonar al libre juego de la disciplina general de los derechos, porque, como se ha visto a lo largo de todo el siglo, la pericia de los moderados ha hecho del sufragio el arma política contundente ya conocida. Pero por otro lado, su entrada en el catálogo de los valores propios de la dignidad de la persona impone mucho cuidado en su tratamiento.

Fruto de ello son los sucesivos intentos de ley electoral: uno de 20 de Julio de 1.877, que no llegó a aplicarse, sustituido más tarde por otro de 28 de Diciembre de 1.878 de indudable carácter censitario, pero que en su formulación, tomada de antiguos proyectos moderados, recuerda la ley de 1.868. Como recordamos en aquella se hablaba del derecho de aquéllos que estuvieran inscritos en el padrón vecinal, mientras que en la de CANOVAS se habla de inscripción también, pero en el censo electoral. Para ser inscrito en el padrón se necesitaban una serie de condiciones; lo mismo ocurre en el censo electoral. Efectivamente no se considera por ello rota una concepción determinada, que es la que encabeza este apartado.

Es SAGASTA el que promulga por fin la ley electoral del 26 de Junio de 1.890 sobre sufragio universal, que es la precedente eficaz a todas las que con posterioridad han reconocido ese derecho en este país, con alguna que otra vuelta a los supuestos censitarios o cuasi-censitarios.

Los supuestos jurisdiccionales, en esta materia, se van a centrar, por todo ello, en la inclusión o exclusión en el censo o padrón. De ello hay que hablar a continuación.

2.- Derecho a la elección

Se trata de analizar aquí algo que a primera vista pudiera parecer adjetivo. Sin embargo, es importante subrayar el gran desarrollo de toda la legislación electoral, en lo que se refiere a la posibilidad jurídica de acceder a la elección, una vez que se tienen las condiciones exigidas por las leyes para ello. Y dentro de esto, los regímenes de protección del derecho a ser elector y elegir que ha conocido el siglo XIX.

Son dos temas los que es necesario analizar en este momento: (203)

- a) En primer lugar, la "aplicación de las condiciones señaladas a los individuos que forman la población que es función de las autoridades constituidas, que utilizan procedimientos diversos que no parece que, a juzgar por las frecuentes protestas de los interesados, estuviesen siempre de acuerdo con las normas contenidas en la ley electoral", y que constituyen por supuesto el más amplio campo de las necesarias normas de protección procesal electoral.
- b) En segundo, "la serie de actos que los participantes en un sistema político han de realizar para la designación de representantes... que plantea una doble problemática: la búsqueda de una adecuada correlación entre la opinión del cuerpo de electores y el de representantes, (tema este de mayor enjune

dia política que jurídica, aún cuando tenga elementos jurídicos que lo han de garantizar), y la preocupación por asegurar la objetividad de los resultados".

Son precisamente los temas que giran en torno al censo electoral -cuya relevancia explícita ya se ha señalado, para integrar el sistema canovista de la primera época dentro de la concepción universalista del sufragio y todos los referentes al procedimiento electoral- sistema eminentemente procesal, que se presenta en el siglo XIX de modo mucho más desarrollado que en el caso de cualquier otro derecho subjetivo público, aún en los momentos en que no se consideraba fundamental.

a) La formación del censo y el derecho a formar parte de él

"En la época del sufragio indirecto y universal, entre 1.814 y 1.834, la definición del Cuerpo Electoral queda sometida al arbitrio de las autoridades" (ARTOLA), pero es cierto que la ley arbitra trámites o garantías. (204) En efecto, tanto en la Instrucción de 1.810, como en las normas electorales de la Constitución, se instituyen Juntas Electorales de carácter jurisdiccional, en lo que se refiere a todas las operaciones hasta el nombramiento efectivo de los Diputados, que desde ese momento, como institución ganan carta de naturaleza en nuestro país.

Estas Juntas, que se forman en cada parroquia, partido y provincia no tienen en la Instrucción facultades explícitas para decidir sobre quienes han de ser los electores, aunque posteriormente, la Constitución hace que sean ellas las encargadas de verificar el cumplimiento de las condiciones señaladas para

ello, y que se han indicado más arriba. Lo que sí prevén especialmente ambos textos legales es su competencia para juzgar - los que pueden ser elegidos, y las credenciales de los que procedan como comisionados de la elección anterior.

Las decisiones de cada Junta, para el ámbito de su propia competencia es inapelable, y contra ello no se otorga recurso - alguno, (205). La inmediación de los ciudadanos con derecho a elección hace que no se prevea una normativa específica contra los funcionarios que vicien estos actos, aunque de modo genérico, tanto los particulares como los funcionarios se encuentran sometidos a la disciplina penal del Código de 1.822 en materia de falsificaciones de actas públicas, en las que de hecho refleja todo el procedimiento electoral. (Art. 418)

El Decreto de 1.834 por el que aparece en España el sufragio censitario, impone la necesidad, por la propia naturaleza del sistema de elaboración de las listas "firmadas por el Presidente y Secretario del Ayuntamiento, en que estén inscritos los nombres de los mayores contribuyentes que en calidad de tales hayan de concurrir a la próxima Junta Electoral", (Art. 4º) y que ha de elaborarse de acuerdo con las normas de 2 de Febrero de 1.833, por la que se mandó proceder a la renovación de los Ayuntamientos, y en las que se requiere la estabilidad de tal situación patrimonial. (Regla 2 de dichas normas)

Este Decreto no prevé la posibilidad de impugnar estas listas ni tampoco se prevén en el texto penal, proyectado en fecha coetánea, los castigos que puedan imponerse a los funcionarios que redactan estas listas. Aún es más grave el hecho de que la

redacción de los supuestos de falsedades en documentos públicos sea tan casuística, que no puede considerarse incluido en ningún tipo general esta conducta, al contrario de lo que ocurría con el anterior Código. (206)

La mayor concreción de los requisitos de las listas electorales, se produce en 24 de Mayo de 1.836, en la ley MENDIZABAL. A ella se dedica el capítulo III, "atribuyendo la formación de la lista de electores a las respectivas diputaciones provinciales (recordemos el sistema de elección directa por provincias y censitaria)."La lista electoral obliga desde este momento a toda una serie de trámites que se harán rituales" y que tienden a la purificación del procedimiento y al establecimiento de una - posibilidad de intervención procesal específica de los afectados: "exposición de la lista, con inclusión del nombre, domicilio y condiciones por las que los que en ella figuran tengan derecho al voto; determinación de quienes y en qué plazos y condiciones pueden recurrir contra la composición de las listas, y, finalmente, fijación de un plazo resolutorio de reclamaciones, que son resueltas por la misma Diputación con audiencia de los Ayuntamientos. La posibilidad de reclamación se otorgaba cada vez que se expusieran las listas". La ley de 1.837 -repuesta en tiempo del Bienio- repite las mismas exigencias. (207)

La legislación electoral de 1.846 otorga a la representación de la Administración Central, el jefe político, la competencia de elaborar las listas, "oyendo a los Alcaldes de los pueblos y sus Ayuntamientos, recogiendo de las oficinas de la Hacienda - los datos convenientes y valiéndose de cuantos medios han creído oportunos para lograr la exactitud y el acierto" en esta operación administrativa". (Art. 20) La ley las declara permanentes,

salvo las rectificaciones a que están sujetas cada dos años.
(Art. 19) Para la rectificación bienal de las listas, el alcalde de cada pueblo, asistido por dos concejales nombrados por el Ayuntamiento, revisa las respectivas al mismo pueblo y forma una nota razonada en la cual expresa circunstanciadamente los motivos de las rectificaciones que propone".

"El gobernador con presencia de todos los datos hace la primera rectificación, y así rectificadas, publica en los 15 primeros días del mes de Enero siguiente las listas relativas a cada distrito en todos los pueblos de su comprensión"

"Hasta el 31 de Enero son admisibles en el Gobierno político todas las reclamaciones sobre inclusión o exclusión indebidas o sobre cualquier error cometido, aunque bajo dos condiciones, a saber: que las solicitudes vengan documentadas, por lo que de otro modo no se les dará curso, y que si la reclamación no es personal, la intente un individuo incluido en las listas". El gobernador emite el juicio definitivo administrativo y decide por sí antes del 1 de Abril, oído el Consejo Provincial". (208)

"De estas providencias puede interponerse recurso de apelación ante la Audiencia en los quince días siguientes a la publicación" que curiosamente no se exige ser fijada en los pueblos.

La normativa procesal se perfecciona, como vemos, con la posibilidad de acudir ante la audiencia, aunque limitada por la serie de cortapisas y dificultades materiales de probanza y formales de plazo, que se han señalado. Sin embargo, el avance de la legislación es tan claro, que la proyectada ley electoral del -

bienio progresista únicamente sustituye el papel del Gobernador por el de los Ayuntamientos, manteniendo la fijeza de dichas - listas y la posibilidad de recurso.

Al tiempo que va evolucionando del modo indicado el régimen de formación del censo y las posibilidades de revisión, se produce una paralela tipificación delictiva de las falsificaciones de estas listas. Así, en el Código Penal de 1.848 se castiga, en su artículo 196: "Al que cometiere alguna falsedad en - cualquiera de los actos de elecciones de Diputados de la nación", y, con especial penalidad, al funcionario público que cometiere abuso por intervenir en actos que no son de su competencia, o rehusase dar certificación para poder demostrar la aptitud para - ser integrado en una lista. (Arts. 300 y 292 del Código, recordados en el correspondiente proyecto de BRAVO MURILLO).

El influjo del Gobierno en la elaboración de las listas se va haciendo cada vez más sensible, en la práctica, de tal manera que como recoge ARTOLA "los dos proyectos de ley presentados a las Cortes de 1.864 contienen, pese a ser de carácter oficial, referencias explícitas a la influencia del gobierno en las elecciones mediante la formación de las listas". El preámbulo del - primero renoce que "no se ha garantizado, sin embargo, suficientemente la exactitud de las leyes electorales" y para remediarlo propone "formar listas con sujeción a lo que resulte de los documentos oficiales y no autorizar la exclusión de ningún ciudadano sin audiencia previa del elector excluído". (209)

La práctica habitual que esto denuncia es la basada en aquella casi desapercibida exigencia procesal, por la que sólo puede iniciar la reclamación contra el error en la inclusión al que se

encuentre en ella, y en especial las dificultades, casi "chicanas" que se producen en la exigencia de la documentación pertinente para la justificación de la inclusión, que por lo demás llevaba a un proceso caro y largo, ante el órgano jurisdiccional.

Con la ley de Julio de 1.865, aparece una "Comisión inspectora del censo electoral", que está constituida por el alcalde y cuatro concejales electores nombrados por el Ayuntamiento, - quienes tendrán bajo su custodia un "registro del censo electoral" (tit. V) que se actualiza cada año -ya no bianualmente--.

Contra las modificaciones puede apelarse ante el Gobernador, - sin perjuicio de que, en la formación inicial del censo y no de sus modificaciones posteriores, se pudiera apelar a la Audiencia. (tit. X)

Se trata de una medida más para invitar a los remisos a -- acudir a las elecciones, que no conseguiría el resultado apetecido.

Frente a este régimen legal, en el que se reconoce la indudable influencia que el aparato gubernamental va a ejercer sobre el proceso electoral, que "se complementa con acciones extralegales para producir un sistemático falseamiento, de los resultados electorales", se alza la política de la revolución que junto al sufragio universal se acompañó "de una serie de disposiciones, con objeto de impedir cualquier manipulación gubernamental de la determinación del cuerpo electoral".

Los principios de esta acción de purificación son:

- 1º) Intervención exclusiva del ayuntamiento, producto a su vez de una elección realizada de acuerdo con la ley municipal del bienio, restablecida en 21 de Octubre, para la formación de las listas.
- 2º) Posibilidades permanentes de revisar las listas, tanto para la inclusión como para la exclusión de vecinos electores.
- 3º) Economía en la tramitación, al declarar la gratuidad de las partidas de bautismo necesarias para acreditar el derecho del sufragio.

"Las Constituyentes no modificaron sensiblemente los trámites previstos en el anterior Decreto; y con la Restauración se volvió a la norma de 1.865, con carácter provisional", después de formarse las Cortes con arreglo a la ley del 70 y el Decreto del 68 "que la ley de 1.878 hizo definitivo al incorporar en su articulado las disposiciones de aquélla".

La vuelta, con SAGASTA, al sufragio universal va acompañada de mayores precauciones formales para garantizar la correcta formación del censo electoral -Juntas Central, Provinciales y municipales-. Sin embargo su composición, estrictamente reservada a los miembros del "establishment" político-administrativo, -no ofrece especiales garantías a los restantes grupos sociales. De este modo se llega a una situación en que el ayuntamiento confecciona la lista electoral, y la Junta Municipal del Censo, en que aquél es ampliamente mayoritario, recibe e informa las reclamaciones de los excluidos, quedando la decisión a cargo de la Junta Provincial. En caso de desacuerdo, existía la posibilidad

de recurrir a la Audiencia, la cual, sin embargo, podía estimar temeraria la apelación y condenar en costas al demandante, amenaza que debió disuadir a más de un excluido." (210)

El Código Penal de 1870 recoge en su artículo toda una serie de supuestos de actuación delictiva de los funcionarios en esta materia, que ya había sido anticipada en el proyecto de ley de elecciones de BRAVO MURILLO, y en la ley de 1.864, y que cristalizaron en el amplio título II de la Ley de 20 de Agosto de 1.870 en el que se castigan las falsedades, coacciones, arbitrariedades, abusos en la expedición de documentos etc... de los funcionarios públicos en relación con la elaboración de las listas. (211)

b) Garantías de la objetividad de los resultados y medidas contra el fraude

Este tema tiene dos aspectos: El propiamente político, esto es, la aptitud del sistema para reflejar los auténticos deseos electorales de los ciudadanos. A éste no se va a hacer referencia, porque, aunque supone unas formalizaciones jurídicas determinadas, no tiene demasiada relevancia a la hora de evaluar el contenido del derecho subjetivo propiamente dicho. El segundo se refiere a los mecanismos jurídicos tendentes a asegurar la veracidad de los resultados, que darán lugar -por los sistemas dichos- a la formación de un cuerpo de representantes. De todos estos aspectos hace un completo análisis la obra, tantas veces citada de ARTOLA, a la que hay que remitirse nuevamente subrayando su alto valor científico. (212)

La Instrucción de 1.810 ordena que la votación sea pública

en todos los niveles, y que de ella se extraiga un acta, autorizada por el escribano o el Secretario de las Juntas, donde existan tales cargos. Como actuación delictiva solo se prevé la de cohecho para que la elección recaiga sobre persona determinada.

La Constitución de 1.812 simplificó el sistema, confiando a la autoridad territorial el cuidado de las elecciones. (Arts. 46, 67 y 81) En el primero y el tercer nivel, el sufragio sigue siendo oral, (Arts. 51 y 88) (213) mientras que el de partido es escrito y secreto. (Art. 73) Por primera vez se establece un control de las operaciones por parte de los electores, que en cada nivel comienzan por señalar un secretario y dos escrutadores, (Arts. 48, 68 y 87) que toman entre ellos mismos, para que realicen el escrutinio. Como actuación delictiva sólo se prevé el soborno o cohecho en el mismo sentido que en la Instrucción. (Arts. 49, 69 y 88)

El Código de 1.822 establece la prohibición de presentarse con armas en las Juntas Electorales, (214) y además se establece toda una larga enumeración de conductas delictivas electorales, todas ellas recogidas de las leyes de infracciones de la Constitución:

- Los alcaldes y los jefes políticos que no hicieran celebrar las correspondientes juntas en las fechas señaladas (Arts. 200 al 202)
- Las mismas autoridades que no celebren estas juntas de acuerdo con lo establecido en la Constitución. (Art. 203)

- Cualquier persona que impidiese la celebración de las elecciones o coartase la libertad de elección, con especial penalidad para los que sean autoridad. (Art. 208)
- Los reos de cohecho o soborno (Art. 208)
- El que se presentare a votar sin tener derecho a ello. (Art. 210)

El Decreto de 1.834 "establece una junta electoral mixta, en la que una parte -el Ayuntamiento- coopta en cierta medida a la otra -los mayores contribuyentes-, por cuanto los designa sin apelación. (Arts. 2 y 3) El regidor o alcalde, que preside el ayuntamiento, preside también la junta electoral, (Art. 50_ la cual resuelve las cuestiones litigiosas que puedan plantearse. El sufragio se hace por votación escrita. (Art. 90) En la junta electoral de provincia forman mesa el gobernador civil y dos escrutadores y un secretario, nombrado entre y por los electores". (Art. 21)

No existe regulación penal específica, y el proyecto de - Código de 1.834 como sabemos sólo penaría las falsificaciones de los documentos que se manejaran u originaran en la elección.

En 1.836, el establecimiento del sufragio directo obliga a separar por un intervalo que fija la ley los actos de votación y el escrutinio. Se establece un sistema muy formalizado de constitución de las mesas electorales, así como la emisión secreta del voto. También se prevé, cosa desconocida hasta entonces, la anulación de los votos no emitidos correctamente. En el escrutinio se regulan con minuciosidad los requisitos para su garantía, de los que el más importante es la posibilidad de su interven-

ción por comisionados a suertes de los electores. Del mismo modo se mantienen las principales prevenciones sobre conductas - electorales irregulares, alguna de las cuales se penalizan.

La ley electoral de 1.837 mantiene estas prescripciones, pero introduce un sistema de formación de mesas altamente conflictivo, puesto que son elegidas por aquellos ciudadanos con derecho a voto que concurran durante la primera hora desde que se forma la Junta.

Como señala ARTOLA -a quien seguimos en toda esta exposición- (215) los moderados pusieron fin a todas las contiendas que se producían por esta razón, atribuyendo la formación de - las mesas a la autoridad gubernativa. La ley de 1.846 prevé, entre otras cosas, que son los presidentes los únicos que leen las papeletas, los integrantes de la mesa asisten como convidados de piedra a estas operaciones, de las que el Secretario solo certifica la coincidencia del número de papeletas con los vo tantes anotados en las listas numeradas. La mesa de escrutinio es diferente de la de la votación, formándose por el alcalde - -presidente y único lector de papeletas- con los cuatro elegidos con mayor número de votos, esto es, con los cuatro cuyos - nombres han sido más veces repetidos por esta autoridad. El acto no es público, sino reservado a electores, autoridades civiles y a los auxiliares que el alcalde estime oportuno y necesario citar.

"La votación para elegir Diputados ofrece igualmente peculiaridades que favorecen la influencia de la mesa, por cuanto - la papeleta se rellena "dentro del local y a la vista de la mesa" y cada día se realiza el correspondiente escrutinio, en el

que esta vez los secretarips escrutadores verifican la exactitud de la lectura..."

Con este sistema, cualquier tipificación delictiva electoral puede resultar inútil, y a la larga lista del texto de 1.822, se reduce en 1.848 a la falsificación, que se castiga especialmente si se es funcionario, y la de penetrar con armas en los recintos electorales.

La modificación de estas abusivas normas provino por dos frentes: la reacción progresista, en el bienio, que impide a toda autoridad formar parte de las mesas electorales, atribuyendo este derecho a los electores. (216) Más tarde, cuando la vuelta al régimen moderado puro, tras la caída de ESPARTERO, se hizo auténticamente irrespirable el ambiente electoral, es cuando los moderados se proponen hacer volver a las demás fuerzas políticas a los comicios, haciendo una única concesión: sustituir al alcalde, como presidente de las mesas, por el elector mayor contribuyente, pero con las mismas facultades de exclusiva lectura de las papeletas.

Junto a ello, se tipifican una serie de conductas -en la ley penal electoral de 1.864- que ya se habían esbozado en un proyecto de BRAVO MURILLO en 1.852, "Los delitos previstos, y hemos de suponer que practicados por los particulares, consistían en votar más de una vez, usurpar la personalidad de un elector, conseguir votos mediante dinero o intimidación. Los delitos específicos de los funcionarios ofrecen una gama aún más extensa de posibilidades, que la ley trataría de sancionar. Con objeto de alcanzar a cuantos intervienen en la preparación y realización de las elecciones, se parte de una amplísima de-

finición del término funcionario, hasta englobar a cualquier - persona que desempeñe cargo público, aunque sea temporal y no retribuido. Al tiempo se prevé, al igual que sucede en los delitos de imprenta, una acción popular contra quienes incumplan sus obligaciones, estableciéndose un catálogo de las más frecuentes violaciones de la pureza del procedimiento o la libertad personal en la emisión del voto.

El procedimiento en la revolución de 1.868 tiene dos innovaciones fundamentales sobre la fórmula de 1.836, a la que en los demás temas se remite totalmente: el establecimiento del sistema de cédulas talonarios "que garantiza al elector su derecho a votar con independencia de las listas en poder de la mesa y evita cualquier suplantación; y la atribución a los jueces de primera instancia la misión de presidir la junta. Asimismo se ordena que toda la documentación sea escrupulosamente confrontada por cuatro secretarios elegidos en el acto por suerte entre los comisionados de las mesas".

La ley electoral de 1.870, en su capítulo III dedica una atención preferente, como ya se ha señalado, a la prevención de las conductas delictivas.

"Las leyes de la Restauración ponen especial énfasis en las comisiones inspectoras del censo". En cuanto al mecanismo de la votación y escrutinio se arbitra un sistema mixto, formándose la mesa por el alcalde y los interventores propuestos por los propios electores. El escrutinio se realiza con la intervención y el conocimiento de todos los miembros de la mesa. La creciente formalización y aseguramiento de la veracidad de los da-

tos electorales se va acrecentando en la ley de 1.890 consecuencia de la implantación del sufragio universal.

3.- Derecho a ser elegido

La necesaria economía expositiva ha obligado, para evitar repeticiones farragosas, a indicar, en el apartado dedicado al derecho a ser elector, la coincidencia o diferencia en los requisitos exigidos por la legislación para ser elector, en los diferentes escalones, cuando éstos se daban, por tratarse de elección indirecta. A esa indicación nos remitimos, señalando como punto de indudable interés que la figura del candidato, íntimamente ligada a la asunción por los partidos políticos formalizados del protagonismo en las operaciones electorales. Tal figura no aparece sino en 1.890 y su mayor desarrollo se produce en 1.907, por lo que se sale de los términos temporales de este trabajo. Baste ello para dejar sólo levemente indicado y justificado el que no se haya desarrollado con más extensión el tema de la intervención de los partidos como mediadores de la participación política.

C) Suspensión de las garantías (217)

Los excelentes trabajos de CRUZ VILLALON y FERNANDEZ-SEGADO sobre este tema plantean de un modo más o menos globalizado con otras medidas, el recurso político-jurídico de defensa de la Constitución, y del nuevo régimen que tales textos inducen. En este sentido, al analizarlo desde el Derecho Constitucional, se produce una cierta diferenciación de su enfoque con el de este trabajo. En ellos, priman las significaciones político-estructurales, tanto conceptuales como prácticas que se derivan

de la necesidad, prontamente sentida por el régimen constitucional, de arbitrar medios extraordinarios de defensa ante ataques totales y extraordinarios contra su propia esencia. El trabajo presents, da por supuesta la necesidad de tales defensas, y por justificada en las mismas palabras de sus defensores políticos y formuladores legislativos. Lo que hemos de hacer es referirnos a la cuestión del cumplimiento de los requisitos exigidos por la doctrina liberal sobre la materia. Las formulaciones legales de tales requisitos, y en su caso, los límites para evitar que tales medidas excepcionales llegaran a convertirse en la legalización de la total arbitrariedad del poder.

No vamos a detenernos en hacer distinguos doctrinales -de elevado valor jurídico-político- en los diferentes medios de suspensión de los derechos fundamentales y su diferente naturaleza conceptual. (218) Vamos a verificar cómo incidieron en los derechos subjetivos de los particulares, para constatar, quizá con un cierto desencanto, que la frecuencia e incondicionalidad de estas medidas en el siglo XIX, suponen, más que nada, una -amulación de los supuestos que se examinan en el presente trabajo.

La Suspensión de Garantías Constitucionales, ya sea bajo -la fórmula de suspensión de "habeas corpus" o de detención arbitraria, que son las libertades explícitamente reconocidas por las leyes constitucionales, con la adición de las leyes del estado de sitio, anteriores a 1.869 y bajo la fórmula más completa de la suspensión constitucional,(219) a partir de esta fecha figura en todos nuestros textos fundamentales, y a su formulación y espíritu hemos dedicado un apartado en el capítulo anterior.

La Constitución de Cádiz, contenía dos prevenciones sobre la suspensión de las garantías de detención arbitraria, referidas la primera de ellas a esta suspensión en relación con un solo ciudadano, y la segunda, la suspensión general de estas garantías, en ambos caos por circunstancias extraordinarias - (Cfr. capítulo segundo). Estos supuestos de suspensión de garantías no fueron los únicos, puesto que, en el segundo periodo de vigencia de esta Constitución, acompañan a esta medida las disposiciones referentes a la ley marcial, esto es, las específicas medidas, previstas por la legislación constitucional y ordinaria para los casos de actuación delictiva militar, en las que la autoridad lo que hace es adoptar asimismo medidas de puro carácter fáctico y militar, con la supresión de toda formalidad mientras no se haya restablecido el orden, "incluso contra los que huyan". (220)

Este segundo tipo de medidas, se produjeron en la segunda época de vigencia de la Constitución del 12, por medio de las disposiciones sobre la seguridad interior del Estado en la prevención de las rebeliones, sediciones, asonadas y motines -que luego pasaron a toda la legislación posterior, con los mismos extremos punitivos- y cuya ampliación extrapoladora va a dar lugar a la regulación del estado de sitio.

La historia de la legislación ordinaria en este periodo sobre suspensión de garantías tiene varios aspectos: unos que se refieren a los casos de suspensiones concretas pedidas o producidas, y otros, a la legislación complementaria de la ley marcial y del estado de sitio.

a) Suspensiones concretas.

El 23 de Diciembre de 1.812, se solicita por parte del - Secretario de Gracia y Justicia, (221) la suspensión de las ga rantías, "justa y conveniente excepción en obsequio del prime- ro de todos los derechos, que es la existencia política y civil de la Monarquía". El catálogo de derechos que se pide suspender, no comprende sólo el Art. 287, que es el que propiamente se per mite suspender, sino todos los relacionados con esta operación: Art. 290 -plazo para tomar declaración- Art. 293- en la parte - que dispone que haya de entregarse copia del auto motivado al - alcalde; Art. 300 -manifestación al reo del auto de inculpación- 301 -información sobre testigos- y 310, cuya suspensión es la - que aparece más contraria al espíritu del 308, por tratarse de la inviolabilidad de domicilio. La discusión del proyecto no se refirió a estos extremos, y no autorizó tal suspensión. (222) La importancia del mismo radica, como señala CRUZ VILLALON, en la inclusión a partir de ahora de la suspensión de la inviola- bilidad del domicilio como objeto de la suspensión del "habeas corpus".

En la segunda vigencia de la Constitución, la suspensión fué considerada en tres ocasiones y, sólo en la última de ellas, se previó su utilización. (223)

En la primera ocasión, 7 de Septiembre de 1.820, se decre- ta la inutilidad de la medida, puesto que en palabras de MARTI- NEZ DE LA ROSA, hay otros medios con los que se puede prevenir la situación: se está refiriendo a la ley marcial y a la ley - de procesamiento de infractores de la Constitución.

La segunda se produce a raíz del levantamiento de la guardia en 7 de Julio de 1.822. Después de arduas discusiones sobre el tono de la proposición que sirva para decretar esta suspensión, se llega a la adopción de un acuerdo, pero el Decreto no es sancionado por la ley.

La tercera que da lugar a una efectiva suspensión de las formalidades previstas en la ley fundamental para el arresto de delincuentes, es de 6 de Julio de 1.823, y en ella no se incluye la suspensión de la inviolabilidad de domicilio.

b) Medidas complementarias.

- El primer ejemplo es la ley de estado de sitio, con la consiguiente sustitución de la autoridad jurisdiccional civil por la militar, se produce el 17 de Abril de 1.821 en una ley procesal destinada a abreviar los procesos por delitos contra la seguridad del Estado. (224)
- El carácter de extrapolación de la ley marcial se deduce del examen de los primeros artículos. "Son objeto de esta ley las causas que se formen por conspiración o por maquinaciones directas contra la observancia de la constitución, o contra la seguridad interior y exterior del Estado o contra la sagrada e inviolable persona del Rey Constitucional".
- El enjuiciamiento de estos delitos se realizará por la autoridad militar si la aprehensión se realizara a instancia de esta última y si actúa a instancia de la civil, será la jurisdicción ordinaria la competente. (225) En todo caso, la competencia militar se amplía a los casos en que se haga resis-

cia con arma de fuego o cualquier otro instrumento a la tropa militar, entendiéndose que hace resistencia el que tras la publicación del bando preceptivo no se restituya al domicilio. La amplitud y generalidad de la tipificación es digno antecedente de toda una serie de medidas legislativas decimonómicas sobre la materia, que culminará en 1.907 con la ley de Jurisdicciones. (226)

- En la segunda parte de la ley se trata de introducir un esquema de proceso penal sumario, que corrige la instrucción de 1.811, para estos delitos y que curiosamente es el tema que más suspicacias y problemas presenta en su aprobación, cuando no ha sucedido así la sumisión de los civiles a la jurisdicción militar con la amplitud que hemos visto. Las Cortes, agobiadas ya bajo el peso de los continuos ataques al Régimen, lo justifican a base de ficciones legales asumidas, como las comentadas. (227)

- Hemos hecho referencia al tratamiento de la ley que permite dar a los rebeldes, sediciosos, amotinados, etc.... a quienes en definitiva, según el Código Penal se pueda dar muerte, incluso en la huida. Los requisitos establecidos son las tres intimaciones, que en cierto momento parece que pueden ser sustituidas por una ficción, consistentes en la triple publicación de un bando. (228)

- De acuerdo con esta legislación de la ley marcial, de alguna manera, la fuerza militar lo que hace es sustituir a la civil como policía de seguridad, con determinadas atribuciones que afectan a la esfera de los derechos humanos, entre los que no es el menor, la vida.

- Estos son los regímenes del estado de sitio, y la ley marcial, complementarias a la ley constitucional para atender a aquellas cuestiones para las que queda corta la legislación de excepción. Más tarde, precisamente en 1.869, lo que va a hacerse es reconducir todas estas especialidades a la sumisión congtitucional.
- La más penosa experiencia del régimen absoluto es en el sentido de la de las Comisiones militares, cuyo régimen, en aspectos estrictamente formales tuvo parecidos con las normas - más arriba analizadas, y que sólo ello debería haber sonrojado a los diputados liberales.

En el curso de 1.834, se produce en España, la última manifestación de la ley marcial pura, sin sumisión subsiguiente a la jurisdicción militar y sin el carácter de generalidad, con - la típica institución del bando militar, que caracteriza a lo - que en España constituyó extrapolación de aquel primitivo instrumento represivo: el estado de sitio.

Efectivamente en 18 de Julio de 1.834, se producen los disturbios en Madrid que dan lugar a la represión, por el Decreto de esa fecha, con las características de la ley marcial. (229)

Pero al mismo tiempo se están produciendo en las provincias vascongadas, -recordemos las guerras carlistas- las primeras - apariciones de los bandos militares de la mano de ESPARTEROS. Estos bandos, de una gran dureza, no se ajustan a lo indicado - por la ley de 1.821, que acabamos de examinar, porque no se emiten por la autoridad política, sino por la militar. (230)

Es régimen se regionaliza y generaliza con la Real Orden - de 12 de Enero de 1.835, en la que se disponía que "para dar ma yor fuerza y vigor a las operaciones militares de las provincias sublevadas... se declaran dichas provincias en estado de sitio, quedando sujetas en calidad de tales a la autoridad militar, con arreglo a lo que se observa en semejantes casos en todas las na ciones, y a lo que previenen las leyes y las ordenanzas". (Art.1)

Se trata de una norma, cuyo análisis hubiera constituido - la ocasión de una interesante verificación doctrinal de sus te rías por parte de KEISEN. Como señala CRUZ, (231) se reconoce - paladinamente en la Orden que no hay legislación que justifique esta medida, y que además su contenido es vacío, porque la re mision es inconsistente. La norma remitida más cercana podía ser la Ordenanza que autoriza a los Capitanes Generales a "publicar Bandos que hallase conducentes a mi servicio (del Rey) estos se rán la ley preferente en los casos que explicase, y comprenderán a todos los que declarase en ellos las penas que impusieren." (Artº. 1, título III, tratado VII de las Ordenanzas de 22 de Oc- tubre de 1.768)

Tal norma es una autorización general que no establece atri buciones concretas y su utilización significa una ampliación de las previsiones de la ley penal militar, vigente al momento, en la que sólo se permite la sumisión a la autoridad militar de los civiles por "incendio de cuarteles, almacenes de boca, y de gue rra, y edificios reales militares, robos o vejaciones que en di chos parajes se ejecuten, trato de infidencia por espías, o en otra forma, insulto de centinelas, o salvaguardias, y conjura- ción contra el comandante militar, oficiales o tropa, en cual- quier modo que se intente o ejecute; y los reos de otras juris-

dicciones, que fueren comprendidos en cualquiera de estos delitos, serán juzgados, y sentenciados por la militar, con el castigo que por esta Ordenanza les corresponda". (232)

La regulación del estado de sitio se amplía en la ley a las provincias no directamente afectadas por la sublevación, y también a las limítrofes, dándose "la latitud que se crea conveniente a las autoridades militares, sin menoscabar por eso las atribuciones de los gobernadores civiles en lo económico y gubernativo". (Artº. 2)

Las Cámaras que se ocupan de la puesta en práctica de esta ley, discuten, sin poner en tela de juicio la actual decisión gubernativa y militar de la materia, y la necesidad de que la proclamación del Estado de sitio sea competencia del Poder Legislativo, que defienden TRUEBA y ANTONIO GONZALEZ. (233)

Esta ficción del estado de sitio y extrapolación sistemática de la ley marcial será pronto extendida, no sólo a las provincias en situación de guerra, sino también, en el mismo espíritu de la aplicación de aquella ley marcial a motines y asonadas, a las ciudades en que se produzcan levantamientos populares.

La Regencia, ambigua en tantas medidas legales, confirma esta calificación haciendo revivir las Comisiones Militares, suprimidas poco antes. A este sentido responde la exposición del Gobierno de S.M. en 15 de Julio del mismo año. A la que en el mes siguiente se añade el Real Decreto del 16 de Agosto, por el que se establece en Madrid el estado de sitio, con la reasunción por la autoridad militar de todas las facultades de las demás au-

toridades, suspendiendo todas las leyes y Decretos que se opongan a la presente hasta que cesen sus efectos, por el restablecimiento de orden público. A este periodo político puede atribuírsele la paternidad del "primer caso de declaración de estado de sitio específicamente político". (234)

Con el Gobierno de MENDIZABAL de 1.835-1.836 se amplía la formulación, introduciendo el nuevo término "estado de guerra" al que se hace sinónimo del anterior. Tal innovación, que en una primera aproximación no revela su importancia, produce la decisiva consecuencia de que sean las autoridades supremas militares en cada circunscripción las que decidan "declarar el estado de sitio o de guerra, con independencia de dar cuenta de ello al Gobierno". Autorización utilizada por militares moderados, pero también progresistas, como ESPOZ Y MINA en el Principado de Cataluña, en 29 de Noviembre. Como señala CRUZ, a fines de 1.835 el estado de sitio aparece sólidamente instalado en el país .

Aún habían de seguirse medidas normativas de este tipo - (Cfr. CRUZ) antes de que se publicase la Constitución de 1.837, cuya concreta formulación ya se ha analizado. A su luz, se presenta por FACUNDO INFANTE en 6 de Marzo de 1.838 una "proposición de ley sobre declaración de las provincias en estado de guerra y las plazas en el de sitio". (235)

En su propio enunciado se distinguen ya en ambos tipos de declaración con una serie de prevenciones y requisitos formales dirigidos específicamente a las necesidades surgidas de la efectiva presencia de la guerra en el territorio español. El Gobier-

no estima demasiado poco drástico el proyecto, y presenta a su vez otro, que aunque se presenta con las mismas justificaciones de "ley interina ante el estado de guerra existente", la realidad es que el proyecto no se concibe ya por las solas necesidades de la guerra civil, sino al mismo tiempo como recurso extraordinario de orden público. (236) Este es el fin de la subdivisión en tres tipos de situaciones anormales: sitio, guerra y - prevención. La regulación prevé en los tres casos la sumisión estricta a la autoridad militar, con amplísimas competencias - de orden jurisdiccional.

Este proyecto es el que pasó la discusión de las Cortes, - con un solo intercalado, de muy reducido valor protector, el - Gobierno se obliga a dar cuenta a las Cortes de las declaraciones efectuadas y algunas garantías en la composición de los Consejos de guerra. Las sucesivas discusiones hicieron que la guerra civil terminara y no se llegara a aprobar el proyecto por - falta de necesidad.

El corto periodo de la Regencia de ESPARTERO, que mantiene la sistemática legal moderada, como en tantos casos hemos visto, sólo procura atenuar su aplicación con exhortaciones, de un tipo casi moral: en este caso también existe un Real Decreto de - 14 de Febrero de 1.841, en el que se ordena no declarar el estado de sitio, "mas que en los casos en que real y verdaderamente se halle sitiado un pueblo por los enemigos exteriores o interiores..." en una declaración legal difícilmente comprensible, pero que es síntoma de los abusos que se han podido llegar a cometer hasta ese momento. (237)

Bajo el Gobierno moderado, hasta el bienio progresista, sin

producirse novedad legislativa, se proclaman los estados de si
tio siguientes:

- Barcelona, y luego Cataluña 1.842 (bajo ESPARTERO) a 1.850 .
- Diversas provincias 1.844-1.855
- Cartagena y Alicante 1.852-1.855
- Andalucía (Cap. general) y Granada 1.852-1.855
- Todo el país 22 de Febrero de 1.854 hasta 1.855 (238)

El bienio acaba con la declaración de estado de sitio en todo el territorio de 14 de Julio de 1.856, que se levanta en 11 de Noviembre del mismo año. La relativa tranquilidad subsiguiente, se interrumpe, con las sucesivas sublevaciones, en su mayoría dirigidas por PRIM; desde Enero de 1.866 va a "entrar - el régimen en una situación de constante anormalidad hasta su - caída".

Surge en ese momento el concepto legal de "ley de orden - público" en el proyecto de Constitución.(239) Esta idea de la ley de Orden Público significa la constitucionalización de las modalidades de suspensión de garantías, no sólo la de la libertad personal, sino toda una serie de ellas, sobre todo de orden procesal.

Efectivamente, en el Art. 8º de la Constitución "non nata", se prevé la existencia y necesidad de esta Ley, en un inciso, al parecer obra de RIOS ROSAS. De acuerdo con esta visión era necesario establecer una ley cuadro, aprobada por las Cortes, en la que se contemplarán las medidas que habían de ser adoptadas por las autoridades, incluso militares (posteriormente se inconsti-

tucionalizarán expresamente las conductas contrarias a este principio), entre las que se encontraban las modificaciones a que puede someterse el régimen normal de protección y garantías jurídicas, configurando taxativamente el régimen de excepción, en toda su amplitud. De este modo se cubre una laguna legal, para evitar la infiltración de la arbitrariedad gubernativa por ese espacio muerto legal. Junto a ello, se atribuye a las Cortes la apreciación de las condiciones que justifiquen la entrada en vigor de tal ley.

Ocorre, que, sin embargo, el estado de la nación es tal - que antes de poder dictarse dicha ley, las Cortes, incluso sin ser aprobado el texto articulado de la Constitución, sino sólo alguna de sus Bases, ha de solicitar la suspensión de las garantías constitucionales, y declarar el estado de guerra en varias provincias. (240)

El proyecto de ley de Orden Público que prepara el Ministerio, no es sin embargo el primero. Por parte de los moderados, BRAVO MURILLO EN 1852 habia formulado un paquete constitucional, con una ley de Orden Público, entre otras.

Asímismo, lo hace GONZALEZ BRAVO en 1.867. (241) Resulta curioso comparar ambos textos y deducir su proximidad conceptual. El progresista, al no respetar las estrictas limitaciones impuestas por la Constitución a tal estado, se asemeja enormemente al moderado: (242)

- Se limitan más libertades que las personales y de imprenta.
- No se respeta el principio de declaración legal del estado excepcional.

- Extensión de la autoridad militar con unificación de mando.
- El moderado únicamente se diferencia en la aparición de estados excepcionales, no justificados. Mantiene formalmente una triada, pero al excluir de su aplicación la guerra de cualquier tipo, exterior o civil, los estados normal, de alarma y de guerra, son preventivos, produciéndose un rebajamiento del umbral de excepción que llega incluso al primero de los Estados.

El sistema de la constitucionalización de la suspensión, con el mecanismo complementario va a llegar a su culminación - en el periodo revolucionario, cuyo esquema ideológico se recoge en el Art. 31 de la Constitución de 1.869 ya analizado. (243)

En este periodo, al igual de lo que ocurre en otros más - progresistas, el Gobierno constitucional se ve obligado a solicitar la suspensión de las garantías constitucionales, antes de elaborarse la ley de Orden Público, que había de legalizar taxativamente las medidas a aplicar en estos casos.

Así ocurre en 5 de Octubre de 1.869. Este estado, adoptado con la oposición del partido republicano, se suspende sin preceptuar la rendición de cuentas que exigen los miembros de las minorías más radicalizadas. Este tipo de medidas legales indemnidad se va a repetir posteriormente. (244)

La ley de Orden Público del 23 de Abril de 1.870 es en palabras, "una adaptación, torpe y apresurada, de la ley GONZALEZ BRAVO". (245) En el texto-cuyo análisis circunstanciado se contiene en la obra tantas veces citada de CRUZ- se regulan dos estados diferentes de prevención y de alarma, (Tit. 1) y de guerra

(Tit. II) En el primero se refiere:

"A la plena potestad a que puede llegar la autoridad civil respecto de la libre manifestación de las libres opiniones por la prensa, la inviolabilidad de domicilio, de los derechos de reunión y asociación, etc. (Arts. 6º al 10º); a su actuación cerca de la autoridad judicial, para la persecución de los delitos contra la Constitución del Estado, contra su seguridad interior y exterior, contra el orden público (Arts. 2º, 4º, y 16 y ss.) a las medidas enérgicas que ha de dictar intimando a los agitadores, en grupo, para que se disuelvan, empleando la fuerza para lograrlo si fuera preciso (Arts. 5º y 11); y al estado de guerra que representa la impotencia de la autoridad civil y la resignación del mando en la autoridad militar, previo el procedimiento señalado y con la especificación del alcance y eficacia de los bandos, intimaciones y empleo de la fuerza en la extrema violencia. (Arts. 12 al 15 y 20 y ss.)

Naturalmente las medidas más graves son las de carácter procesal como es la sumisión a los Consejos de Guerra, que contraría la expresa declaración del Art. 11 de la Constitución, de reserva de fuero ordinario. (246)

Poco después una Instrucción para el cumplimiento de la L.O.P.J. se agrava aún más el régimen impuesto por esta, al permitir en resumen que sean las autoridades militares las que de hecho puedan decretar el estado de guerra. (247)

En la declaración del párrafo segundo del Art. 17 de la Constitución de 1.876, se cierra el sistema legal de suspensión de garantías, en el que se produce "una regularización que peca

más por exceso que por defecto, porque la protección extraordinaria del Estado no sólo resulta reconocida por la Constitución y regulada por la ley, sino es además confiada, en gran medida, al Ejecutivo. El estado de guerra queda en manos de las autoridades militares, bajo el control del Gobierno; la suspensión de garantías o estado de prevención deviene una facultad gubernamental estando las Cortes cerradas (Innovación de 1.876), y del Gobierno depende que lo estén... Es el anuncio de una involución que conduciría a la Ley de Jurisdicciones..." (248)

III- HISTORIA DE LA FORMULACION LEGISLATIVA DE LA PROTECCION JURISDICCIONAL (249)

El propósito de este apartado, que consideramos necesario antes de entrar en el examen de los principios que inspiran los diferentes procesos y su relación con los derechos fundamentales, es demostrar, no sólo con la simple cronología de los textos, que ello solo bastaría, sino, con una mayor detención, que el hilo conductor de tal legislación es paralelo y congruente - con la predicada evolución en el XIX.

Al mismo tiempo, se trata de repasar, antes de analizar - con mayor sistematicidad y minuciosidad los diversos principios inspiradores de los procesos, la serie histórica de tal legislación, que fundamenta las conclusiones que expondrán en el próximo capítulo, de este trabajo.

Se trata así pues de confirmar lo ya afirmado, por una vía indirecta, y de preparar, con una mayor intención de inmediatez, lo que va a exponer después .Por todo ello, se va a dar mayor -

prioridad aún al criterio histórico frente al sistemático, que se incluirá como subapartado reiterando en cada examen de una época histórica.

Los procedimientos que vamos a examinar son naturalmente, los regulados legislativamente de modo completo a lo largo del siglo: civil, penal, contencioso-administrativo. No es que se niegue la existencia de otros, p.e. de el de constitucionalidad, pero su carácter germinal, si es que se llega a demostrar en este trabajo exigirá un tratamiento específico, y reservado a dos momentos puntuales de nuestra historia decimonómica.

A) La Historia de la legislación sobre proceso en Cádiz y el Trienio liberal

1.- La legislación procesal civil (250)

El texto fundamental de este periodo es el Decreto del 9 - de Octubre de 1.812, completado con el de 13 de Marzo de 1.814, sobre Audiencias y Juzgados y Tribunal Supremo, que contenían, como va a ser normal hasta bien entrado el siglo, normas de organización, junto con preceptos procesales específicos. Su valor fundamental estriba no tanto en su vigencia histórica efectiva, (251) que adquirieron en la segunda época liberal, sino en que además van a ser inspiradores de la legislación inicial a partir de 1.835, hasta la pronta revisión moderada, que los consideró demasiado avanzados para esa época.

Las normas orgánicas más importantes se podrían cifrar en el establecimiento de la independencia de los Tribunales en tres sentidos: respecto a los de igual rango, respecto de los infe-

riores, y respecto a otros órganos del Estado, de enorme trascendencia para el ejercicio de la protección efectiva procesal. Se separan las salas de la Audiencia en civil y penal. Se procura establecer la inmediación local y una correcta demarcación de la competencia. Por último se elabora la unificación de jurisdicciones prevista en la Constitución. (252)

Por lo que se refiere a los principios de la ordenación del sistema procesal se sientan como más importantes: la ratificación de los contenidos en la Constitución (derecho de los particulares a resolver sus diferencias mediante el arbitraje, atribución a los Alcaldes de la conciliación, la existencia de tres instancias), el reconocimiento del ordinario de conformidad a las leyes tradicionales, la regulación del juicio verbal y un intermedio, de carácter plenario, pero sumario, ante los Jueces de partido. (253)

2.- La legislación procesal penal

En esta materia, el texto fundamental de la primera etapa es el Reglamento del 19 de Abril de 1.811. (254) En dicho texto se sistematizan y desarrollan las exigencias llamadas del "habeas corpus" por los mismos diputados, y que luego pasarán a la Constitución (principio de legalidad de la pena, (Art. 1) necesidad de auto judicial de prisión, (Art. 2) posibilidad de libertad bajo fianza y limitación de la imposición de la pena de prisión en determinados casos, (Art. 4) derecho de manifestación a las 24 horas, (Art. 5) requisitos para la prisión (Art.6) y garantías contra la impuesta ilegalmente, (Art. 7 y 8) inviolabilidad de domicilio. (Art. 9) También y de acuerdo con el propósito de sencillez y publicidad del procesamiento se señala

el plazo máximo de 130 días para todo él, regulándose municipalmente los plazos para las correspondientes diligencias de cada instancia, (Art. 11 y 14) así como la terminante publicidad de las diferentes partes del proceso y de la sentencia. (Art.15) Por último se hacen una serie de precisiones sobre la aplicación de la ley -que como dice la exposición de la proposición debe - ser inexorablemente cumplida por los jueces y demás autoridades, bajo la supervisión de aquéllos- en el cumplimiento de las penas. (Art. 22)

La labor legislativa de las Cortes del Trienio sobre proceso penal significa un recorte en el sistema de protecciones - del Reglamento de 1.811: son dos Decretos de 11 de Septiembre - de 1.820, que autorizan a detener a una persona, sin prueba plena o semiplena de quien sea autor, si el delito se castiga con pena corporal, y existe un indicio para imputarlo al detenido. Asimismo, se introduce la figura de la detención sin mandamiento, hecha siempre por el Juez, durante 24 horas y fuera de la cárcel, mientras se sustancia la sumaria. Otro de los Decretos tiene un carácter más rituario y se refiere a la práctica de la prueba y su apreciación, en la que aún prima la "de confesión", que, a pesar de la supresión del tormento, se ha de complementar con otras. (255)

En esta época, comienzan los trabajos que habrían de continuar después, hasta la institucionalización de la comisión de - codificación, tendentes a la elaboración de un proyecto de Código procesal penal, que fué formulado e incluso remitido a centros académicos, tribunales etc., para su comentario y crítica, como había sucedido con el Código Penal. (256)

3.- La legislación contenciosa

Hay que remitirse también en este punto a literatura monográfica sobre el tema de la que naturalmente nos hemos aprovechado ampliamente para la elaboración de ésta y otras partes de la tesis. Se trata de los trabajos de SANTAMARIA, PARADAS, NIETO, MANZANEDO, GALLEGO ANABITARTE, etc.... y a los que remitimos para un examen menos funcional del que ahora nos vemos obligados a realizar. (257)

En este punto, la regulación del siglo XIX no es lineal, como vamos a ver en los diferentes apartados que dedicaremos a este interesante tema.

Se ha discutido ampliamente si una serie de medidas legislativas del período gaditano, suponen la atribución a la Administración de la jurisdicción contenciosa, por la dicotomía existente entre lo gubernativo y lo contencioso, p.e. al ordenar que "La exclusión de las declaraciones de los Tribunales de Justicia, y lo económico de uno y otro ramo será de cargo de las oficinas y empleados de la Hacienda Pública...."

Esta división se estabiliza en la Constitución (Art. 236 - sobre competencias del Consejo de Estado, o el Art. 275, atribuyendo a los alcaldes una competencia doble, claramente caracterizada, como jueces y como administradores) y se consolida en el Reglamento de Audiencias... de 1.812 en que se prohíbe a las Audiencias "tomar conocimiento de asuntos gubernativos o económicos de las provincias" y medidas del mismo tipo a los Jueces. (258)

¿Supone esto la atribución de los asuntos económico-administrativos a las Justicias ordinarias o a la Administración?. El problema no está aún resuelto, pero si alguna inclinación - mantiene este trabajo es a la visión judicialista que supone - -según investigaciones de PARADA y de SANTAMARIA- el Decreto de 13 de Septiembre de 1.813 sobre litigios con la Hacienda Pública. (259)

Para SANTAMARIA, el cuarteamiento del sistema judicialista se produce en el Trienio por razones que quizá sea necesario profundizar más tarde, por lo que significan de desconfianza - por parte del Gobierno y de las mentes del nuevo régimen respecto de los Jueces. (260)

El reforzamiento jurisdiccional de la Administración tiene varios hitos: el Decreto de 12 de Mayo y 25 de Junio de 1.821, en el que de modo provisional e interino se faculta a los Intendentes de Hacienda para que "puedan obrar por sí y sin necesidad de implorar el auxilio del poder judicial" en materia de - contribuciones y de toda clase de impuestos, llevando adelante los apremios "con inhibición de Audiencias, Jueces y demás Magistrados", y en el segundo citado se afirma que "el juicio de las reclamaciones de cualquier especie que sean, en materia de contribuciones, pertenece a la Administración", introduciendo - así mismo el principio del "solve et repete". (261)

El segundo embate es el producido por el Decreto de 3 de Febrero de 1.823, respecto de la gobernación económico-política de las provincias, reconociendo con toda amplitud, potestad sancionadora, en lo que no sea estrictamente penal y al mismo -

tiempo consagrando las facultades de ejecución, todo ello en - favor de la Administración. En lo que a nosotros nos interesa, este Decreto el primero que de modo consciente supone una separación de la jurisdicción ordinaria de estos asuntos, y la construcción de un complicado entramado de recursos que llama SANTAMARIA, gubernativo-jerárquicos, sin intervención de la potestad judicial, y lo que es más grave en multitud de casos, sin posibilidad de revisión jurisdiccional posterior. (262)

B) El Absolutismo y La Regencia

La bandera de la innovación técnica es tomada por los rectores de ambos periodos históricos, convencidos por la influencia de autores ya clásicos en este momento, BECCARIA, BENTHAM, FILANGIERI, etc... y por el prestigio que la legislación anterior había conseguido dentro y fuera de España. Sin embargo los supuestos ideológicos son muy diferentes. En este periodo, las líneas de lo contencioso se va a mantener en el mismo sentido. El mayor desarrollo técnico va a producirse en los proyectos - penales, y en la efectiva legislación civil, que se busca formalizar con el mismo fin que el desarrollo de lo gubernativo en el campo contencioso: reducir todo lo posible la discrecional influencia judicial.

1.- La legislación procesal civil

Del periodo absolutista, la más importante ley es la de - enjuiciamiento mercantil de 1.830, de SAIZ DE ANDINO. Esta ley de gran importancia para el estudio del proceso español desde - un punto de vista estrictamente histórico, va a inspirar muchas de las sistematizaciones posteriores del proceso civil. (263)

Como más interesante reseñemos la introducción del recurso de injusticia notoria "por haberse violado de forma manifiesta - las formas sustanciales del juicio en la última instancia o por ser el fallo de ésta contrario a Ley expresa".. (Art. 1.181)

Sin embargo, es el periodo de la Regencia el que mayores leyes de interés tiene por su evidente finalidad política reformadora, a favor de una nueva estructura jurídica acorde con los nuevos tiempos. Es la obra propia de la mentalidad de MARTINEZ DE LA ROSA como defiende muy agudamente SATAMARIA, (264) y que se refiere a una larga serie de leyes de carácter orgánico "restaurando el aparato liberal de la judicatura" sobre partidos judiciales y jueces letrados (21 de Abril de 1.834 y 19 de Noviembre de 1.834) sobre Audiencias cuya distribución y competencias se organizan (26 de Enero de 1.834 y 19 de Noviembre del mismo año) sobre Tribunal Supremo que sustituye al Consejo de Estado, Consejos de Castilla y de Indias, señalándose competencias y - Reglamento (24 de Marzo de 1.834, 17 de Abril y 26 de Mayo del mismo año, y 17 de Octubre de 1.835) de creación del Consejo - de Hacienda y de supresión definitiva de la Inquisición (15 de Junio de 1.834).

Esta labor se completó con la funcional suprimiendo todas las competencias jurisdiccionales de las autoridades gubernativas (juez protector de teatro, alcaldes, regidores políticos, autoridades militares, Tribunal de la Mesta y juzgados de rematados).(265)

Por otro lado, es de enorme interés el Reglamento provisional de la Administración de Justicia de 26 de Septiembre de -

1.835. La mayor importancia de este texto estriba en la unificación de procedimientos, "acabando con la corruptela de la costumbre particular, que agobiaba a la justicia". En él sin embargo existen lagunas graves que tienen incidencia en la seguridad de la protección del justiciable: falta de plazo para la personación de las partes, para la recusación, y sobre todo la falta de especificación de los recursos. (266)

Acompaña a este Reglamento, la ley provisional para la sustentación de los pleitos de menor cuantía de 10 de Enero de 1838, tan recomendada por FAIREN, (267) que reconoce el alto valor de esta ley como prototipo de un procedimiento plenario y rápido en el que se cumplen las cuatro condiciones de los juicios sumarios civiles: "parva quantitatis parvi prejudicii, urgentia necessitatis y miserabilium personarum", y que desgraciadamente fué muy malquista por los redactores de la ley de 1.855. (268)

2.- La legislación procesal penal

Nos hemos referido varias veces en el apartado anterior a los diferentes proyectos de Códigos Penales en la época de Fernando VII, los cuales contenían generalmente una amplia regulación del proceso. Entre éstos se encuentran los de la Junta de 1.829, (269) interesante por su visión de los fueros privilegiados, que pretende recortar, (Art. 362 y ss.) así como la introducción de la práctica de la recusación; el proyecto de 1.831 - de SAINZ DE ANDINO, no contiene normas procesales, por lo que fué objeto de duras críticas, que produjeron la exasperación del autor, (270) existe un tercer proyecto en 1.834, al que nos hemos referido varias veces en lo tocante a la regulación material, y que en lo procesal tiende sobre todo a abreviar el procedimien-

to, y a asegurar la certidumbre que se pueda deducir de las pruebas, pues aunque admite el indicio, exige la prueba plena, para la imposición de la pena capital, pretende recortar el abuso de la recusación. (271)

De la época de María Cristina, y en el mismo sentido, indicado al tratar de racionalización de la jurisdicción, es obra de un proyecto de Ley sobre reducción de fueros, que es una materia batallona en todo este periodo. (272)

El Reglamento provisional de 1.835 contiene también normas procesales penales, cuyos principios generales se contienen en el capítulo I: Garantía de la libertad, respeto a la persona, - garantía de jurisdicción, garantía de procedimiento, aseguramiento de la publicidad y la defensa, gratuidad del proceso penal, - revocabilidad del auto de procesamiento y posibilidad de sobreseimiento.

Existe asimismo un interesante proyecto de ley de responsabilidad judicial de 21 de Junio de 1.834. (273)

3.- La legislación contenciosa

En el periodo de la Regencia se produce una actuación paralela a la ya comentada en el ámbito civil, y normas referidas - en ese apartado tienen un indudable efecto en lo contencioso.

Así la supresión de las facultades jurisdiccionales de la Administración en materias propiamente contenciosas, de que ya se ha hablado, y la unificación de las competencias del Consejo de Hacienda, que se jurisdiccionaliza en el Tribunal Supremo de Hacienda, que pronto se suprime.

Tambien incide en este tema, el tantas veces citado Reglamento provisional que judicializa nuevamente las cuestiones con tenciosas con la Administración, como reconoce SANTAMARIA, al - comentar acertadamente los Arts. 32, 36, 37, 39 y 60 de dicho - texto. (274)

C) La alternativa progresistas-moderados hasta 1.868

Los problemas con que se van a enfrentar los sucesivos gobiernos en estos años, son muy parecidos, aunque su solución - va a ser diferente. No tanto en la materia civil, cuyo principal caballo de batalla va a ser la tecnificación y sistematización de modo que no resulte conceptualmente lesiva para el firme propósito de autonomización de la Administración, a la que - habrá de dedicarse algunas líneas. En lo penal es claro que la estructura sistemática va a tender a uniformizarse, aunque los tratamientos de los progresistas del 37, van a procurar ser mi tigados en ese mismo periodo, acentuándose en los años siguientes. La cuestión contenciosa va a conocer esta batalla hacia la desjudicialización de sus litigios, y en ella, la evolución va a ser mucho más notable.

1.- La legislación procesal civil

Los trabajos de la fase progresista se centran en torno a las cuestiones de la inamovilidad y nombramientos de los jueces, sobre las que se dicta un Real Decreto de 29 de Diciembre de 1.838, en el que la intervención del Gobierno se hace excesiva, por aquel encendido afán, ya denunciado, de conseguir por vías más expeditas y menos lícitas una judicatura afecta. (275) El peligro se manifestó pronto en su utilización por otras ma-

nos menos progresistas. No se modifica tal legislación hasta - la ley Orgánica de 1.870.

El otro punto que centra el interés de los legisladores progresistas es la reinstauración del recurso -y los conexos de segunda explicación, injusticia notoria y casación- sobre el que se dicta un Decreto de 4 de Noviembre de 1.838 que "no se limitó a señalar los trámites del recurso de nulidad, sino que fijó su naturaleza, distinguiendo el caso de infracción de ley material, de los de procedimiento, y modelando el recurso de - nulidad de acuerdo con los principios de la casación francesa, aunque no se atrevió a variar el nombre, para disimular la importancia de la reforma parcial que se introducía". (276)

El recurso de nulidad, exclusivamente limitado a esta jurisdicción, que se producía por error "in procedendo" o error "in iudicando", se va ampliando en su concepción hasta terminar, debido a los Decretos de 20 de Junio de 1.852 y 30 de Enero de 1.855, por convertirse en un auténtico recurso de casación.

La Instrucción del Marqués de Girona de 1.853, a cuya crítica sistemática habrá de ocuparnos después, constituye la primera gran tentativa de unificación de la legislación procesal civil. Es de 30 de Septiembre de 1.853, y sus principios básicos innovadores son, en palabras de LASSO:

- 1º El impulso de oficio concedido al Juez
- 2º La concentración, para evitar la dilación dolosa en el planteamiento de incidentes.
- 3º La publicidad en la práctica de las pruebas

4º La supresión de las terceras instancias

5º El reforzamiento de los poderes del Juez no sólo en lo que se refiere al impulso, sino en la dirección del proceso.

En tono decididamente autoritario de esta Instrucción suscitó muchas críticas y refleja, sin lugar a dudas, el espíritu político del tiempo existente en los gobernantes. Esta tensión directiva, adoptada como gran innovación y fuertemente contestada, hará que el texto inmediatamente siguiente, al que nos referiremos posteriormente, adopte ya un criterio inmovilista en su redacción. (277)

2.- La legislación procesal penal

La restauración del espíritu de Cádiz en 1.836 supone el restablecimiento de los Decretos de estas cortes sobre competencias, y el de 11 de Septiembre de 1.820 sobre procedimiento penal, con la consiguiente contradicción con el Reglamento provisional en muchos de sus temas, en especial el del sobreseimiento y otros que dan lugar a una abundante publicación de Decretos tratando de armonizar estas materias. (278)

Son los moderados los que también en este punto tienen ocasión y tiempo para elaborar una primera tentativa de unificación del proceso penal, con la ley provisional para la aplicación del Código Penal de 19 de Marzo de 1.848, cuyos puntos esenciales son: la obligación de fundar las sentencias penales, con separación de hechos y puntos de derecho; la valoración de la prueba; y la regulación autónoma del juicio de faltas. Esta ley se reforma en 1.850, y sus reglas se amplían haciéndose referencia al juicio autónomo de faltas (regla 1-24), a la pri-

sión (25-37), las referidas a la posible prisión de quien sea considerado como vago, aunque su conducta no estuviera penada por arresto. Desaparecen totalmente las penas corporales, se iguala-con evidente injusticia- la fianza sin acepción de status patrimonial, etc. A la valoración de la prueba se dedica - la regla 45 con introducción del concepto equívoco de "evidencia moral". (279)

En esta época moderada, y en la que sigue al bienio, son muchos los proyectos de leyes de enjuiciamiento criminal, que no cristalizan hasta 1.872. Sin embargo resultan de interés sobre temas parciales, como son: la ley de Bases de 11 de Abril de 1.861, del gabinete RONCALI, sobre organización de Tribunales, casación en lo criminal, reforma de la casación civil, unificación de fueros, y reforma en el enjuiciamiento criminal para el planteamiento de la casación. Ninguna de ellas llegaron a buen término por la revolución de Septiembre.

3.- La legislación contenciosa

El refuerzo de los progresistas en esta materia, será continuado por los moderados, con diferente finalidad. En aquellos se trata de huir del poder judicial, por su desafección a la - nueva causa. En los segundos, la intención pura y simple es buscar un reforzamiento de la Administración, hasta excluir la de su sumisión a la jurisdicción. (280)

La enumeración de las normas legales, y el simple enunciado del propósito de cada una va a darnos una clara idea de este progresivo y paulatinamente conseguido fin.

- a) La reclamación previa. Real Orden de 30 de Diciembre de 1.838: se previene la especial derogación de la Real Orden de 5 de Julio de 1.822, para que "ni las juntas municipales entablen recurso alguno en tribunales ordinarios, ni éstos se los admitan; así como tampoco a los demas establecimientos de beneficencia, sin que los demandantes acrediten previamente que han recurrido a S.M. por vía gubernativa para obtener la protección de sus derechos". Es ésta una de las medidas, la reclamación previa, adpotada con el fin indicado.

En este sentido, se dictan las Reales Ordenes de 9 de Febrero de 1.842 (sobre los expedientes relativos al fuero del clero, fábricas y cofradías) 15 de Marzo de 1.843 (de carácter general) 9 de Junio de 1.847 (de carácter general, reiterando lo ordenado, una vez que se han creado los Consejos provinciales) 13 de Agosto de 1.848 (señala una excepción, confirmando la regla general), 20 de Septiembre de 1.851 - (en los casos de las reclamaciones contra la Hacienda, el reorganizarse los Consejos provinciales). (281)

- b) La prohibición de los interdictos. La primera norma en este sentido es la de 8 de Mayo de 1.839 señalándose que: "Las disposiciones y providencias que dicten los ayuntamientos, y en su caso las diputaciones provinciales, en los negocios que pertenecen a sus atribuciones según las leyes formen estado y deben llevarse a efecto, sin que los tribunales admitan contra ellas, los interdictos posesorios de manutención o restitución, aunque deberán administrar justicia a las partes cuando entablen otras acciones que legalmente les correspondan". (282)

Esta disposición se reitera en 19 de Junio de 1.845, mandando en ningún camino, ni obra pública en curso de ejecución se detenga ni paralice por las oposiciones que por cualquier motivo de daños y perjuicios puedan intentarse por el que ocasionen tales obras en la ocupación de terrenos. (283)

- c) La organización de la propia jurisdicción. Se lleva a cabo con la creación de los Consejos Provinciales (ley de 2 de - Abril de 1.845, Reglamento de 1 de Octubre de 1.845, reformada por R.D. de 29 de Septiembre de 1.847) suprimidos tanto por el Gobierno ESPARTERO como en 1.868: y que van a constituir uno de los temas de discusión tras la restauración, - que los reinstaura hasta 1.888.

Correlativamente el Consejo Real (ley de 8 de Julio de 1.845, Reglamento de 30 de Diciembre de 1.846) va a conocer las mismas civisitudes de supresión y restauración ya señalada en - los provinciales.

También se regula el proceso: 21 de Mayo de 1.853. (284)

- D) La legislación democrática, la reacción canovista y el régimen definitivo

En estos periodos que van desde 1.854 a 1.856 (bienio progresista) y desde 1.868 en adelante, se producen, junto con la interrumpida revolución democrática, y la estabilización canovista, los textos fundamentales en los tres órdenes que van a organizar la global vida procesal española, con criterios de - modernidad y defensa del justiciable garantizada de modo definitivo.

1.- Legislación civil

La primera ley de enjuiciamiento civil española es de 5 de Octubre de 1.855, y está precedida de una ley de bases, demasiado genérica. El tono general de la ley está demasiado atada a los precedentes, quizá un influjo de la negativa reacción que suscitaban las innovaciones del Marqués de Gerona. En ella se hace una llamada a nuestra antigua legislación, señalándose que los puntos más importantes habrán de ser la evitación de dilaciones, la mayor economía procesal, la publicidad de las pruebas (con posibilidad de contra-interrogatorios), la fundamentación de las sentencias, la limitación de las instancias a dos, el establecimiento de recurso de casación y la extensión y unificación del procedimiento. La ley no introduce cambios de importancia, y así lo reconocen sus propios redactores y glosadores. (285)

Hasta la ley de 1.881, las reformas más importantes son:

- El Decreto de unificación de fueros de 6 de Diciembre de 1.868, plenamente coherente con la ideología política que lo apadrinó.
- La ley Orgánica del poder judicial de 18 de Septiembre de 1.870.
- La ley provisional de la reforma de casación de 18 de Junio de 1.870. (286)
- La ley de casación civil de 22 de Abril de 1.877, cuyo espíritu fundamental extraído de la ley de Bases, y en lo que interesa a esta tesis se puede concretar en estos puntos: (287)

- 1ª.- El Tribunal Supremo pronunciará sentencia en el fondo en todos los asuntos en que se acuerde haber lugar a la casación, de modo separado.
- 2ª.- Los depósitos serán proporcionales a la cosa litigiosa.
- La ley de Enjuiciamiento civil de 3 de Febrero de 1.881, cuyos supuestos fundamentales reproducían los buenos deseos de anteriores leyes de bases.

2.- La legislación procesal penal

La ley de unificación de fueros, ya anotada, tiene también incidencia en este campo, e inicia la marcha hacia la sistematización definitiva del proceso penal.

De las leyes provisionales de Gracia y Justicia de 18 de Junio de 1.870 resultan importantes los preceptos relativos a la supresión de la pena de argolla, (Art. 3) aún vigente, como es la determinación de los efectos de la pena de interdicción civil, (Art. 40) que habrían de ser más acordes con la dignidad de la persona, y se refieren a tres puntos esenciales: situación de los bienes del interdicto, situación de la esposa y condición de los hijos por la aplicación de la pena, y su incidencia en la autoridad marital y la patria potestad. (288)

La primera ley de enjuiciamiento criminal es de 22 de Diciembre de 1.872, cuyos puntos más sobresalientes son: (289)

- La formulación de la acción popular.

- Ampliación de los medios a prueba para el incidente de pobreza respecto a su modelo .
- La ley de Enjuiciamiento civil
- El acortamiento de los trámites donde más peligraba la rapidez, exhortos, plazo para dictar sentencia, etc....
- La abolición de los recursos de reforma, apelación y queja
- La regulación de la denuncia (en casos, obligatoria) y su complementariedad a la querella.
- Formación de un sumario por cada delito
- Posibilidad de nombramiento del Juez especial, cuya constitucionalidad se discutió abundantemente.
- Asimismo se califica de inconstitucionalidad la descripción del delincuente "in fraganti"
- Se prevé la distinción de la formación del sumario de su fallo, sin que llegue a buen fin tal innovación.
- Se aborda con cautela la intervención del Fiscal en el Sumario
- Se preocupa en acreditar la identificación del procesado
- El procesado puede eludir las respuestas sin correctivo, y - se suprime la práctica de que escriba su declaración.
- La incomunicación no podrá exceder de cuatro días.
- El auto debe ratificarse en todo caso.
- Los preceptos sobre entrada y registro se adecúan a la Constitución.
- Se introduce la gran innovación del juicio oral.
- Se prevé la formación del Jurado
- Se adopta el criterio de la libre apreciación de la prueba por el juzgador.

- Se mantiene la presentación doble de las pruebas: ante el Tribunal de derecho y ante el de hecho.

La definitiva, hasta el presente, Ley de Enjuiciamiento criminal es de 1.882, y a su examen, en especial la Exposición de motivos dedicaremos la atención que merece en capítulo posterior de este trabajo, señalando las diferencias que la separan de todo el sistema anterior.

Indiquemos, sin embargo, sumariamente los perfiles de su contenido, (290) Como dice ORBANEJA, se trata de un sistema -acusatorio o formal mixto, en el que se manifiesta un carácter peculiar -el secreto del sumario en el primer periodo instructorio- para no entorpecer la averiguación del delito.

Predomina, no obstante, en la nueva ley el carácter acusatorio:

- Si no hay acusación, no hay juicio.
- El querellante puede apartarse de la querella, a diferencia del Fiscal.
- Si éste solicita el sobreseimiento, y no hay acusador puede concederse.

Se consagra además la absolución por falta de acusación, como cosa juzgada. Se introduce la vinculación de la Audiencia con la calificación fiscal, que dará lugar a la larga justificación de la Exposición de motivos, y al artificio del Art. 733.

- No se permiten otras pruebas que las pedidas por las partes
- La prueba la dirigen las partes, y el Tribunal sólo hace las complementarias. Se consagra, por otro lado, la libre apreciación de la prueba.

3.- La legislación contenciosa

Dos orientaciones opuestas rigen en este periodo: la concepción ampliamente judicialista de los demócratas, iniciada en el Bienio, y a la vuelta al moderantismo en los primeros años de la Restauración, mitigada por último en la ley del año 1.888.

Veamos someramente los diferentes pasos:

a) Sumisión de lo administrativo al Poder Judicial:

El antecedente de la labor más explícitamente judicialista fué el Real Decreto de 7 de Agosto de 1.854, creando un Tribunal contencioso-administrativo que procediera a la sustanciación de los negocios de esta índole, hasta la resolución de las Cortes.

Es el Decreto de 13 de Octubre de 1.868, el que suprime la jurisdicción contencioso-administrativa, los Consejos Provinciales, y la sección de lo Contencioso del Consejo de Estado.

Como complemento de dicha norma, el Decreto de 16 de Octubre de 1.868 crea en el Tribunal Supremo de Justicia, y en todas las Audiencias, una sala que decide sobre estas materias,
(291)

b) Vuelta a los antiguos sistemas y nueva regulación.

Con la Restauración se devuelven en 29 de Enero de 1.875 y 30 de Diciembre de 1.876, las competencias contenciosas a los órganos administrativos del Consejo del Estado etc.

La definitiva regulación del contencioso-administrativo se formula en 1.888, y de cuyos principios rectores nos ocuparemos en su momento. (292)

- (1) Se estudia en el capítulo quinto, y en especial la interpretación dada por GARCIA DE ENTERRIA. Basta aquí - contrastar la diferente cualidad que los juristas del siglo XIX atribuían a la norma constitucional y a la norma legal.
- (2) Cfr. GOMEZ DE LA SERNA y otro, Elementos de Derecho Civil y Penal de España, Imp. de la Cía de Impresores y librereros. Madrid. 1.851; COLMEIRO. Derecho Administrativo español, Imp. José Rodríguez, Madrid, 1.865, GARCIA GOYENA, Concordancias motivos y comentarios del Código Civil español: Soc. Topográfico-Editorial, Madrid, 1.852, SANTAMARIA DE PAREDES, Derecho Administrativo, Ricardo Fé, Madrid, 1.891.
Cfr. en contra MARTINEZ ALCUBILLA, Diccionario de la Administración Española, Madrid, 1.894, 5ª Ed., Tomo VII, voz "ley".
- (3) Así lo hemos visto con ocasión de la discusión en Cortes de la Constitución de 1.837 y 1.856, especialmente. Cfr. capítulo segundo.
- (4) Aunque este tema será profundizado después, puede anticiparse el contenido del Art. 33 "de la ley de 13 de Julio de 1.813: "Todos los jueces y Tribunales procederán con la mayor actividad en las causas de infracción de la Constitución ..." et passim. Se repite literalmente en el Art. 39 de la Ley del 20 de Octubre de 1.820.
- (5) Volvemos a remitir a los capítulos segundo (passim) y quinto de este trabajo.
- (6) Resulta muy significativa la comparación entre dos administrativistas españoles del siglo XIX sobre el caso "límite" de limitación de la propiedad.
COLMEIRO, op. cit. pag. 328: "Resulta del texto expreso de la Constitución que la propiedad es inviolable, aunque sin reconocer un derecho tan absoluto, que se sacrifique por un respeto supersticioso a este principio el todo a una parte, el bien público al interés particular. Conviene ser muy parcos en la aplicación de este principio, pues si caminamos con imprudencia, rodaremos por la pendiente hasta llegar al fondo donde nos espera el comunismo". Cuando la propiedad privada opone un obstáculo insuperable al desarrollo de la sociedad, justo es y

- (6) necesario vencer aquella resistencia obligando a su dueño a cederla en beneficio del estado...."
SANTAMARIA DE PAREDES: op. cit. pgs. 724-725: "Infiérese de aquí nuestra opinión sobre la expropiación forzososa por causa de utilidad pública. No hay que acudir para justificarla, a las erróneas doctrinas que derivan - el derecho de propiedad del dominio eminente del Estado, o de la voluntad del legislador, o de la fuerza de los más sobreponiéndose a los menos Trátase de un conflicto entre dos personas jurídicas: El Estado nacional; la Provincia o el Municipio, que necesitan de determinados medios para el cumplimiento de sus fines, y el individuo propietario de la finca exigida por tales fines ... fórmula entre fin individual y el fin social..."
- (7) Crf. PECES BARBA, op. cit. pgs. 104 y ss. CASTRO CID, op. cit. pags. 110 y ss. y los ejemplos de clasificación expuestos en ambos autores. Por nuestra parte remitimos en la clasificación adoptada en el capítulo primero.
- (8) Nos remitimos a la amplísima bibliografía recogida por ARTOLA, Partidos y programas..., cit. II Tomo, Pág. 487
- (9) Cfr. la obra de ARTOLA, ya citada: o la obra colectiva, Bases documentales de la España contemporánea, Guadiana, Madrid.
- (10) También tiene este carácter el Manifiesto de MENDIZABAL, de 1.848.
- (11) Con posterioridad a 1.850, asumen este tono los del partido carlista, o los de los recién nacidos movimientos obreros. Los partidos tradicionales que participan del poder no los utilizan más que en contadas ocasiones, y siempre unidos a programas concretos. Cfr. ARTOLA op. cit. II Tomo.
- (12) Recuérdese la enmienda propuesta por ESCOSURA en 1.856 sobre la promulgación de leyes orgánicas del mismo rango que la Constitución, cfr. capítulo segundo.
- (13) Punto históricamente puesto de manifiesto para el siglo XIX, aunque de modo muy germinal, por ARTOLA, Partidos... I Tomo págs. 28-29 y 130.

- (14) MORET, en la intervención aludida en la nota 323 del capítulo segundo es un ejemplo de esta preocupación: "Si siempre ocuparan el poder los que hoy lo ocupan ¿Pará qué habríamos de legislar?..." Sesión de 11 de Mayo de 1.869.
- (15) Corresponden precisamente a los que GARCIA DE ENTERRIA ha calificado con la docotomía ya estudiada de "actöb" y "reaccionales".
- (16) Se enunciarán en los apartados correspondientes, y en parte ya se ha tenido ocasión de reseñar, comentar y citar.
- (17) En todo caso, es necesario señalar a fuerza de objetivos, la importante tarea que significa la publicación del ya ingente número de volúmenes que realiza el Seminario de la Historia en la Universidad de Navarra, bajo la dirección del prof. SUAREZ, sobre "Documentación de Fernando VII". El tono militante de algunas de sus conclusiones o en publicaciones paralelas excita a su vez, y esto hay que confesarlo con arrepentimiento, el de quienes no estamos de acuerdo con sus puntos de vista.
- (18) PAZ, Prácticas ... ya citado. ACEVEDO, Tratado de la tortura. TAPIA, "Práctica criminal", Febrero novísimo, Valencia 1.830. MARTINEZ DIEZ "La tortura en la legislación histórica Española", Anuario de Hª. del Dº. 1.962. TOMAS Y VALIENTE "La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España", en La tortura en España. Estudios Históricos, Barcelona, 1.973, citados por LASSO y CRUZ VILLALON.
- (19) Constituye el primero de los artículos de un decreto propuesto por ARGUELLES, y que contemplaba en el segundo la prohibición asimismo del tráfico negrero. GIRALDO recuerda que recientemente -no dice fecha- se -impuso una sentencia de tormento.
- (20) La supresión en la ley citada forma parte de un paquete legislativo aprobado en 11 de Septiembre de 1.820 por las Cortes y aprobado con sigular retraso por Fernando VII y que trata de acomodar el proceso penal a las exigencias constitucionales de Cádiz. LASSO, op. cit. pág. 22.

- (21) Este precepto se inserta en una Real Cédula de esa fecha, cfr. Col. lg. tomo 1º p. 139, según cita MARTINEZ ALCUBILLA en la voz "Enjuiciamiento civil"
- (22) CRUZ VILLALON, op. cit. pag. 98, citando a TOMAS y VALIENTE.
- (23) RODRIGUEZ RAMOS: Libertades cívicas y Derecho Penal, Técnicos, Madrid, 1.975. CORDOBA RODA "El delito de detenciones ilegales en el Código Penal" Anuario de Dº, Penal, 1.964.
- (24) En el citado decreto se examinan las exigencias de la - detención procesal y la prohibición de incumplirlas en los Arts. 1 al 6. Los referentes a la detención sin razón de causa procesal son los siguientes:
- Art. 7º. "Cualquier persona que se hallase presa sin saber quien la prendió, por qué causa o con qué motivo, deberá ser puesta en libertad inmediatamente sin costas; y averiguado el que haya cometido este atentado, se le castigará con suspensión de su empleo por un año, y resarcimiento del daño.
- Art. 8º: "El juez a quien se dé parte o que se halle en la cárcel un preso sin causa, como se expresa en el artículo anterior, le pondrá en libertad; y si contra lo que va prevenido le detuviese en prisión, será destituido de su empleo, y el preso tendrá recurso al superior inmediato para que se le suelte libremente y con indemnización a costa del que le prendió, sabiéndose quien fué; y en el caso de ignorarse, se verificará a costa del que le detuvo después de la visita."
- (25) Se tipifican en el Cap. IV, del tit. I en su parte I, dedicado a los delitos contra la libertad individual de los españoles. El hecho de ser normas cuyo conocimiento es amplio, nos referimos a ellas extractando su contenido. Así lo haremos generalmente en los casos de cita de Códigos, a no ser que algún punto específico suscite especial atención por el objeto formal de este trabajo.
- Art. 243 prohíbe impedir o coartar el ejercicio de la facultad legítima de hablar, escribir, y hacer libremente todo aquello que no esté prohibido o se prohíba por las leyes y especifica los casos del funcionario que imponga

- (25) penas sin ser juez, El Secretario de Despacho o juez que ejecute orden real de prisión sin atender a la limitación de la Constitución.

Art. 244 Lo prohíbe al particular sin mandato judicial.
Art. 245 Sanciona el supuesto de detención para oprimir-la, mortificarla o detenerla en custodia privada.
Las demás prevenidas en el cap. se refieren a la procesal. Sus antecedentes legales son los preceptos correspondientes de las leyes de infracciones de la Constitución de 1.813 (Arts, 21, 23 y el genérico 27) y 1.820 (Arts. 27, 29).
El número de casos de responsabilidad por detención ilegal es la más amplia de todas (p.e. sesiones de 6 de Septiembre, 4 de Octubre, 5 de Octubre, 2 de Noviembre de 1.820, etc...)

- (26) RODRIGUEZ RAMOS, op. cit. pág. 230. CORDOBA, op. cit. - pags. 384-387
- (27) Para las frecuentes citas de este Código en este trabajo remitimos a LASSO, op. cit. pags. 55 y ss. que cita a CALDERON CASTEJON, "El proyecto Sainz de Andino" Rev. Gen de Leg. y Jur. 1, 1.943, VII, pag. 38; y RUBIO, Sainz de Andino y la Codificación Mercantil, Madrid, 1.850.
- (28) LASSO, op. cit. pgs. 54 a 71
- (29) Se examinan a título de expresión de un espíritu. Su lugar -sistemáticamente hablando- no es este pero nos explica la no tipificación ilegal.
El concepto más significativo es el 487: "Para mandar el arresto o detención de alguno bastan las presunciones de ser el autor o culpado de un delito que merezca pena corporal, y el temor de la fuga".
- (30) RODRIGUEZ RAMOS, op. cit. págs. 230-231 habla de penas - entre suspensión y multa de 10 a 20 duros e inhabilitación temporal y multas de 50 a 500 duros, según el tiempo de la detención, para 1.848; y multa de 125 a 1.250 y reclusión menor, graduándose también por el tiempo de la detención.
- (31) Este tema será estudiado en el capítulo quinto.

- (32) Código de 1.848, Art. 286: "El empleado público que ordenare o ejecutare ilegalmente o con incompetencia manifiesta la detención de una persona..."

Código de 1.870, Art. 210: "El funcionario público que detuviere a un ciudadano, a no ser por razón de delito..."

La localización sistemática de los preceptos es también significativa. Cfr. infra. cap. quinto.

- (33) MESA, El colonialismo en la crisis del XIX español, Ciencia nueva, Madrid, 1.967. RENOVOIR, Historia de las relaciones internacionales. El siglo XIX. Aguilar, Madrid.

- (34) La propuesta de ARGUELLES es aún tímida. Se trata de prohibir el tráfico negrero y no la esclavitud. Aquel tráfico es lo que primero se castiga en España, por razones, como veremos, extrínsecas. Lo que causa estupor es que las razones que se exponen contra la prohibición de la segunda son las mismas que se manejan al final del siglo: de orden económico. Así MEJIA: "...porque el libertar de una vez a una inmensa multitud de esclavos, a más de arruinar a sus sueños, podrá traer desgraciadas consecuencias para el Estado..." pero no las aclara, y luego se manifiesta contrario al tráfico.

Sesión de 2 de Abril de 1.911.

- (35) En 12 de Marzo de 1.811, comienza a incidir en las Cortes de Cádiz el problema americano y a tratarse las profundas injusticias que acabarán con la supresión de las mitas.
- (36) Esta ley venía a convertir en derecho interno el convenio de 1.835. Las circunstancias políticas impidieron esta - incorporación del Derecho Internacional.

Recoge las concretas convenciones del derecho mutuo de - visita, y se concreta la existencia de Tribunales mixtos.

Por lo demás, como reconocerá la Expo. de motivos de la ley de 1.866, es un texto de carácter especialmente represivo, pero cuyas medidas no aciertan a conseguir los fines propuestos.

- (37) Fija el derecho de capacitación por los esclavos residen-

- (37) tes en Cuba, y al tiempo aprueba un reglamento para la introducción de colonos españoles, chinos, yucateros, etc., en esa Antilla.

Su derogación, en la fecha señalada coincide con la autorización de la inmigración en la Isla de trabajadores - chinos.

- (38) Se plantea ante las dificultades que, a partir de 1.844, se han planteado en las colonias por las frecuentes insurrecciones de los negros. Indica el "gradualismo" que se quiere imprimir a las medidas de liberación. La exposición de motivos reconoce que hasta entonces no se ha dictado ninguna ley de carácter general sobre esta materia. Cfr. Col. legal, tomo 96, pag. 636.
- (39) El principal fin es la represión del tráfico, no solo en los hechos que constituye formalmente tráfico, sino también sus preparativos materiales. Las penas a aplicar - llegan hasta la de muerte.
- (40) Diputado RIQUELME, sesiones de 2 de Julio de 1.866 y ss.
- (41) Corre a cargo de CANOVAS y MORENO NIETO.
- (42) Art. 1º. Son libres los hijos de madre esclava que nazcan a partir de esa fecha. Art. 2º. Son comprados por el Estado los esclavos nacidos a partir de Septiembre de 1.868. Art. 3º Los que hayan luchado bajo la bandera de España . Art. 4º Los mayores de sesenta años. Artº. 5º Todos los que sean propiedad del Estado.
- (43) Art. 7º "El Patronato a que se refiere el artículo anterior impone al patrono la obligación de mantener a sus clientes, vestirlos, asistirlos en sus enfermedades y darles enseñanza primaria y la educación necesaria para ejercer un arte u oficio."

"El patrono adquiere todos los derechos del tutor, pudiendo además aprovecharse del trabajo del liberto sin retribución alguna hasta la edad de dieciocho años".

Art. 8º. "Llegado el liberto a la edad de dieciocho años, ganará la mitad del jornal de un hombre libre -hay distinción- según clase y oficio. De este jornal se le entrega-

- (43) rá desde luego la mitad, reservándose la otra mitad para formarle un peculio de la manera que determinen disposiciones posteriores".

Art. 9º. "Al cumplir los ventidós años -!no ventiund- el liberto adquirirá el pleno goce de sus derechos, cesando - el patronato, y se le entregará su peculio".

- (44) El Art. 18 afirma: "Toda ocultación que impida la aplicación de los beneficios de esta ley, será castigada con - arreglo al tit. XIII (Delitos contra la seguridad y libertad) del Código Penal".

Esta norma careció de aplicación efectiva, tanto porque - la capacidad jurídica de los esclavos se desconocía, como porque la tipificación de la conducta -el tipo más cercano es el Art. 403, detención permanente sin dar noticia - de su paradero- supone pena de cadena perpetua, absolutamente inaceptable para la mentalidad jurídica de aquel - tiempo.

- (45) En efecto, por mucho que existan remisiones extrínsecas - a la Ley Penal, de hecho no se atribuye la legitimación - para iniciar estas acciones, sino al poder administrativo o a la acción pública. Mucho más hiriente es el caso - de los libertos, cuya representación legal, a modo de tutoría, se atribuye precisamente a quien más puede violar la autonomía económica de ellos.

- (46) Se distinguieron en la defensa de esta ideología abolicionista LABRA, SANROMA, etc.

De todas las maneras, llama la atención el amplio número - de sesiones dedicadas a este tema sin llegar a un acuerdo: 17 de Febrero de 1.873 al 22 de Marzo del mismo año. Las tensiones políticas que supuso esta abolición se comentan en HENNESSY La República federal española. Madrid, Aguilar, 1.966 donde cita como argumento en favor de la presión americana sobre este aspecto, que de él se hiciera portavoz público CASTELAR, en la redención del esclavo: Madrid, 1.859. También existió un periódico dedicado a este tema "El Abolicionista", Julio de 1.865.

- (47) Aparecen en la sesión de 17 de Febrero, en las dos reuniones de mañana y tarde..La lectura del acta indica -en

- (47) las frecuentes interrupciones por manifestaciones de - aplauso o disgusto, e incluso interrupciones- el enorme calor puesto por ambas partes en la discusión. Así se - hace manifiesto en 18 de Febrero: "Esta importante discu- sión que empezó serena... ha tomado un crecimiento ex- traordinario, pareciéndose a un torrente que entra por todas las cuestiones..." (ESTEBAN COLLANTES)
- (48) Sesión de 3 de Marzo: "Después de estudiado el problema desde el punto de vista de la competencia moral y legal de esta Asamblea para resolverla... entro a discutir la cuestión desde el punto de vistas económico..."
- (49) Sesión de 12 de Marzo de 1.873, PIDAL Y MON: "Y entonces evocaríamos señores, la aurora de la redención, el adve- nimiento de la Buena Nueva, el sol de la libertad, que aparecen fundiendo con sus rayos todas las cadenas del alma, del cuerpo y de la vida. Entonces evocaríamos to- dos los cantos de esta sublime epopeya, ante cuyos ecos se aflojan las cadenas del esclavo; y entonces veríamos al cristianismo combatiendo a la esclavitud en la teoría y en la práctica... os recordaría al Evangelio... a San Pablo... a los Apóstoles... a Pedanio Cerundo... a los - monjes de que nos habla San Clemente... a los esclavos como Santa Bathilde... Y si después de la edad antigua consideramos la edad media..."

"El Sr. VICEPRESIDENTE (GOMEZ): ¿Vamos a recordar todas las edades Sr. Representante?

El Sr. PIDAL protesta por lo que estima limitación de la palabra.

"El Sr. VICEPRESIDENTE: ¿Pero quién le impide a S.S. ha- blar? Llamo la atención del Sr. PIDAL para que vea si le he dado bastante latitud en la alusión personal de que - se ocupa, pero si vamos a entrar en la Edad Media y a re- correr después todas las edades, no concluiremos nunca".

(Para que luego se hable de los repases históricos caste- larinos).

Después de este repaso concluye: "...entonces se recorda- rá vuestros nombres, los nombres de los que habeis vota- do esta ley porque a ellos se deberán en parte la pérdi- da del resto de nuestras Américas... y eternos serán los

- (49) anatemas que sobre vuestra frente lanzará la Historia." (Rumores).
- (50) Art. 2º. "Los libertos quedan obligados a celebrar contratos con sus actuales poseedores, con otras personas o con el Estado, por un tiempo que no bajará de tres - años.
- "En estos contratos intervendrán, con el carácter de cu radores de libertos, tres funcionarios especiales nombra dos por el Gobierno superior con el nombre de protecto res de los libertos."
- (51) El Art. 2 limita la capacidad civil, pero aún es más gra ve el 7º: "Los libertos entrarán en el pleno goce de los derechos políticos a los cinco años de publicada la ley en la Gaceta de Madrid".
- (52) En la misma exposición de motivos de la liberal propues ta de SANROMA se afirma: "Considerando que la prospera situación agrícola y mercantil de aquella provincia (Puer to Rico) etc..." También se hace referencia a las presio nes internacionales: "Considerando que entre estos incon venientes (de mantener la esclavitud) pueden surgir algu nos de carácter grave en las relaciones internacionales..."
- (53) El Art. 15 atribuye a unas Juntas Provinciales y Municipa les especiales la vigilancia del estricto cumplimiento de la ley.
- (54) Cfr. en ese sentido las dificultades casi insuperables - que alega ULLOA, en la sesión del 19 de Febrero, para que "el negro bozal, que no tiene idea de nada, que no ha sa bido más que trabajar bajo la presión de su dueño... ad quiera hábitos de previsión, moralidad, inteligencia pa ra hacer buen uso de la libertad que se les dé."
- (55) S.T.S. 23 de Octubre de 1.885, ponente D. ANGEL GALLIFA: "Considerando que la fecha de publicación del Código Pe nal de Cuba y Puerto Rico existían en la primera isla mu chas personas de color libres y regían, en la segunda, - la Ley Fundamental del Estado y la abolición de la esclavitud, y teniendo en cuenta además, que el Art. 2º del - Decreto de 7 de Abril de 1.881, autorizando la promulga ción en Cuba de la prenombrada Constitución, establece

- (55) reservas relativas a la ulterior vigencia de ciertas leyes, entre las que no puede por menos de comprenderse el repetido Código, es por todo extremo indudable que no ha sido en manera alguna derogada, sino que por el contrario, subsiste en toda su eficacia la circunstancia agravante de que queda hecho mérito, la cual se refiere exclusivamente a la raza de color, prescindiendo completamente de la condición de esclavitud, para la que consignó el citado Artículo 10 a agravante especial, determinada en el 2º del mismo".
- (56) - 1 de Septiembre 83 atenuante
- 11 de Octubre 94 agravante
- 24 de Enero 95 agravante
- 29 de Enero 95 atenuante
- 1 de Mayo 95 agravante
- 4 de Mayo 95 no estimada por ser delito contra la propiedad
- 5 de Junio 95 no estimada, por la misma razón.
- 22 de Junio 95 atenuante, por ser obligatoria apreciarla
- 28 de Noviembre 95 atenuante
- 18 de Diciembre 95 atenuante
- 11 de Abril 96 atenuante
- 18 de Abril 96 no se estima por tratarse de funcionario
- 17 de Junio 96 atenuante, porque el homicidio es de un individuo de su propia raza.
- 22 de Junio 96 agravante
- 13 de Julio 97 atenuante
- 9 de Octubre 96 atenuante
- 14 de Octubre 96 atenuante, se casa por no haberse -
apreciado, a partir de este momento todas aprecian
atenuante.
- (57) RODRIGUEZ RAMOS, op. cit. páginas 268 y ss.
- (58) Art. 243, nº 4: "El juez o funcionario público de cualquier clase que allanare la casa de un español, no siendo en la forma y en los casos prescritos por el Código de procedimientos o por alguna ley".
- (59) Art. 290, "El empleado público que abusando de su oficio, allanare la casa de cualquier persona, a no ser en los -
casos y en la forma que prescriben las leyes".
- Art. 404: "El que entrare en morada ajena contra la vo-

- (59) luntad de su morador" a no ser que entre "para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o un tercero, ni el que lo hace para prestar algún servicio a la humanidad o a la justicia". (Art. 405)
- (60) Los tipificados para particulares tienen la misma redacción.
Art. 215, apartados, 1, 2 y 3.
- (61) Así la S.T.S. de 19 de Noviembre de 1.883
- (62) RODRIGUEZ RAMOS, op. cit. páginas 280 y ss.
- (63) En la discusión sobre la inviolabilidad del correo de 10 de Enero de 1.811, acusa el diputado HERRERA "la orden de la superintendencia de 8 de Agosto del año anterior" para que en las Administraciones de correos se abriesen las cartas y no se diese curso a las que contuvieran noticias de guerra", que era como decir a muy pocas o ninguna, encargando "que se avisara de los que reincidiesen para dar cuenta a la Regencia".
- (64) Sesión de 14 de Enero: "Las Cortes Generales y extraordinarias aprueban el Real Decreto expedido por el anterior Consejo de Regencia, de 8 de Agosto pasado próximo, pero sabedoras del abuso observado por la generalidad con que se ha hecho la apertura de cartas, mandada por el superintendente general de correos, mandan que no se verifique dicha apertura, sino de las cartas sobre las que haya alguna fundada sospecha, haciéndose entonces por el administrador y oficiales que reúnan la mayor confianza y sigilo con arreglo a lo prevenido en las ordenanzas de correos".

Existía legislación tradicional sobre la inviolabilidad, ley 15, tit. III, libro 3º de la Novísima Recopilación.
- (65) RODRIGUEZ RAMOS, op. cit. página 283. A este punto se refieren los Arts. 425 y 427.
- (66) RODRIGUEZ RAMOS, loc. cit. Este texto se trata de una adición de 1.850 al texto primitivo de 1.848, que solo hablaba de sellos públicos.
- (67) Esta interpretación es apoyada p.e.: por la Real Orden de

- (67) 2 de Noviembre de 1.850 en que se declara innecesaria la autorización previa para encausar a un alcalde que vio ló correspondencia porque se estima que "no puede considerarse como delito relativo al ejercicio de sus funciones administrativas". La tipificación del 271 se refiere pues al funcionario respecto de los documentos que tenga a su cargo, como son los indicados en el texto como arquetípicos.
- (68) Art. 217. Castiga el registro nocturno de los papeles particulares por la autoridad.
- Art. 218. Se tipifica penalmente la conducta del funcionario que detiene -no siendo juez- la correspondencia postal o "recibida y cursada a su destino por la primera estación telegráfica" (curiosa delimitación de una práctica hábil y usual hasta entonces).
- Art. 219. Apertura de correspondencia.
Art. 220. Sustracción
- (69) RODRIGUEZ RAMOS, op. cit. páginas 256 y ss.
- CASTELLS. El Derecho de libre desplazamiento y el Pasaporte en España. Seminarios y Ediciones, Madrid, 1.974
- (70) Art. 221: "El funcionario público que estando en suspenso las garantías constitucionales desterrase a un ciudadano a una distancia mayor de 250 Kms. de su domicilio, a no ser en virtud de sentencia judicial
- "El funcionario público que, no estando en suspenso las garantías constitucionales, competiere a un ciudadano a mudar de domicilio o residencia
- Art. 222: "El funcionario público que deportare o extrañare del reino a un ciudadano, a no ser en virtud de sentencia firme..."
- (71) - Art. 243 de 1.822
- Art. 282 de 1.848
- Preceptos que ya se han examinado
- (72) MARTINEZ ALCUBILLA, op. cit. voz "Pasaporte"

- (73) Cfr. MARTINEZ RUIZ: "Las fuerzas de seguridad y orden público en la primera mitad del siglo XIX" en Cuadernos de la Historia, anexos de la Revista Hispania, 4, 1.973, páginas 83-161.
- (74) Real Orden de 24 de Marzo de 1.857 y 1 de Abril de 1.857, 5 de Julio de 1.859, etc....
- Lo único que penan los Códigos de 1.848 y 1.870 es la - falsificación de cédula de vecindad, como veremos en su momento.
- (75) Se expresa en la exposición de motivos: "Entre las reformas o aclaraciones que requiere el estado de nuestra legislación, pocas habrás tan convenientes a aún tan perentorias como las que comprenden nuestras leyes sobre extranjeros."
- (76) COLMEIRO, op. cit. página 352: "El saludable rigor de la policía, y más que todo, el influjo creciente de la civilización en España, acabará al fin por allanar todas las barreras, y la sociedad absorberá en su seno al gremio - ya disminuido y menos abyecto de los gitanos, cuya anterior existencia nómada, sin hogar, sin bienes, sin oficio ni amor al trabajo, sin fé y sin moral, constituía un estado dentro del estado en daño a las personas, con menoscabo de las propiedades y a riesgo constante de turbar el reposo público"
- (77) RODRIGUEZ RAMOS, op. cit, páginas 301 y ss. CASTRO GARCIA, "El delito de expropiación ilegal y la formación del tipo". R.G.L.J., Abril 1.964. MUÑOZ MACHADO, Expropiación y Jurisdicción. I.E.A. Madrid, 1.976.
- (78) En realidad, el impuesto existe desde antiguo y su extricta determinación por la ley -que es la novedad del nuevo Régimen- no constituye un auténtico derecho fundamental. La expropiación si se vive como una innovación -que por mucho que se quiera igualar en su fundamentación con aquella- presenta caracteres totalmente diversos y es objeto de una mayor crítica.
- (79) Art. 1º: "Siendo inviolable el derecho de propiedad, no se puede obligar a ningún particular, Corporación o establecimiento de cualquier especie, a que ceda o enajene lo

- (79) que sea de su propiedad para obras de interés público, sin que precedan los requisitos siguientes: Primero: Declaración solemne de que la obra proyectada es de utilidad pública, y permiso competente para ejecutarla. Segundo: Declaración de que es indispensable que se ceda o enajene el todo o parte de una propiedad para ejecutar la obra de utilidad pública. Tercero: Justiprecio de lo que haya de cederse o enajenarse. Cuarto: Pago del Precio de la indemnización."
- (80) TOMAS RAMON FERNANDEZ - J.A. SANTAMARIA, Legislación Administrativa española del siglo XIX, Inst. de Est. Administrativos, Madrid, 1.977, pág. "Lo que hoy se presenta como una reivindicación del momento, fué ya admitido por el legislador hace siglo y medio" página XXX, al comentar precisamente esta ley y este aspecto puesto de relieve por MUÑOZ MACHADO, Expropiación y Jurisdicción, I.E.A. Madrid 1.976.
- (81) Como se ha visto la ley de 1.836 otorga la posibilidad de revisión judicial indirecta del justiprecio por la vía - jurisdiccional, que desaparece en el Reglamento de 1.836. (Art. 11).
- (82) COLMEIRO, op. cit. página 334 de II tomo.
- (83) El Art. 2 ordena que el Juez de primera instancia sustituya a la autoridad gubernativa en la apreciación del justiprecio.
- El Art. 3 ordena que la providencia sea inmediatamente - ejecutiva.
- (84) "El art. 3º... se entiende ampliado en el sentido de que los interesados pueden utilizar, para los efectos del mismo, todos los recursos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que reserva a las partes en el juicio civil ordinario."
- (85) Así la exposición de motivos del Real Decreto: "Como por otra parte el Art. 10 de la Constitución de la Monarquía, si bien garantiza completamente el derecho de propiedad consignando el principio de la previa indemnización, no exige el mandamiento judicial, ni que las indemnizaciones sean aprobadas por el juez, derogando así virtualmente el citado derecho de 12 de Agosto de 1.869..."

- (86) Se prevé el caso del ejercicio de los interdictos de retener y recobrar ante el Juez ordinario, cuando un propietario sea expropiado sin que se hayan llenado los requisitos del Art. 3º (Art. 4º).

También interviene el Juez en el expediente correctamente formado para el nombramiento de tercer perito en caso de discordia. (Arts. 30 al 33).

- (87) Código de 1.870, Art. 228: "El funcionario público que - expropiare de sus bienes a un ciudadano o extranjero para un servicio u obra pública, a no ser en virtud de sentencia o mandamiento judicial y con los requisitos previstos en las leyes".

Cfr. el Análisis Político de la nueva sistematización en RODRIGUEZ DEVESA, Derecho Penal, parte especial, citado por RODRIGUEZ RAMOS. .

- (89) Es esencial el trabajo de ALICIA FIESTAS LOZA, Los delitos Políticos (1.808-1.936), Salamanca 1.977.
- (90) FIESTAS LOZA, op. cit. páginas 59 y 60, en las que indica el antecedente de tal posición de FILANGIERI.
- (91) FIESTAS LOZA sólo se refiere a la segunda ley de pasada, página 81.
- (92) CALATRAVA en la sesión de 10 de Abril de 1.821, expone - una acertadísima opinión que trasciende la problemática que se discute y que significa la denuncia exacta de la problemática central de los procesos penales: "Yo creo - que para abreviar las causas se debe partir de otro principio, a saber, de la simplificación del plenario y de la reducción de las instancias". El problema está, pues, en cimentar el sistema procesal en sumarios plenos y no en suprimir garantías de la justicia. Esta es la tesis continuada hasta hoy día por FAIREN, como veremos en el capítulo siguiente.
- FALCO, en 31 de Octubre de 1.822: "Descárguese el peso - de la ley sobre los verdaderos criminales, sobre los conspiradores efectivos... pero quítese la expresión "indirectamente" por indeterminada y vaga, o fíjese su sentido - en términos positivos si no se quiere malograr el fruto de esta ley".

- (93) FIESTAS LOZA, op. cit. 111-125.
- (94) El Código se refiere a las doctrinas contrarias a la Religión de que se hará mención después. Sobre las doctrinas políticas se contienen los siguientes preceptos y tipificaciones delictivas: Art. 129, "Los que por libelos o pasquines impresos o manuscritos intentasen coartar la libertad del Rey o impedir el libre ejercicio de su soberanía..." Arts. 160 y 161 que se refieren también a los que por escrito y no en simples manifestaciones inciten a tumultos o produzcan el descrédito de las autoridades.
- (95) La ley de 1.821, se consideró aplicable a las nuevas tipificaciones constitucionales, tanto en 1.837 (en que por ejemplo los delitos religiosos o contra la Milicia Nacional se prevenían en este texto) como en 1.848 (en que, aplicándose la misma ley se consideraban puntos o artículos -restablecidos- delitos religiosos- y otros derogados por el mismo texto constitucional -p.e. ofensa a la Milicia, a la Diputación, por inexistencia del sujeto pasivo, o consejos al Rey para ejecutar actos ya no prohibidos, por desaparición de la tipificación legal merced a otra derogación de las llamadas mas tarde "virtuales"-). Cfr. FIESTAS LOZA, op. cit. páginas 140-141.
- (96) Nos remitimos a lo indicado en el capítulo anterior sobre libertad religiosa.
- (97) En 1.813, Art. 2º: "El que conspirase directamente y de hecho a establecer otra religión en las Españas, o a que la Nación Española deje de profesar la religión católica, apostólica romana será perseguido como traidor, y sufrirá la pena de muerte".
- (98) Cfr. las reflexiones de ARGUELLES, La reforma constitucional de Cádiz, Iter Ediciones, Madrid, 1.970, pág. 262.
- (99) Art. 4º: "Todo español tiene acción para acusar del delito de herejía ante el Tribunal eclesiástico, en defecto de acusador y aún cuando lo haga el fiscal eclesiástico hará de acusador".
- (100) Art. 6. "Todos los escritos sobre materia de religión que dan sujetos a la previa censura de los Ordinarios eclesiásticos, según lo establecido en el Concilio de Trento".

- (101) Art. 19: "Aunque los libros de religión no puedan imprimirse sin licencia del Ordinario, no podrá éste negarla sin previa censura y audiencia del interesado".
- Art. 20: "Pero si el Ordinario insistiese en negar su li cencia podrá el interesado acudir con copia de la censura a la Junta Suprema, la cual deberá examinar la obra, y si la hallase digna de aprobación, pasar su dictamen al Ordinario, para que más ilustrado sea sobre la materia, conceda la licencia, si le pareciere a fin de excusar recursos ulteriores".
- (102) Cfr. REVUELTA, La política religiosa de los liberales, el Trienio Constitucional, Madrid 1.873.
- (103) Art. 6º: "Las mismas penas señaladas en los artículos 3, 4, y 5 (penas de reclusión de ocho años, y si se concertase con sedición, la muerte) se aplicarán en sus casos respectivos cuando alguna persona de palabra o por escrito propagase máximas o doctrinas dirigidas a destruir o trastornar la Constitución, la Monarquía constitucional o la religión del estado, aunque no incurra en la conspiración directa y de hecho de que tratan los dos primeros artículos".
- (104) Cfr. FIESTAS LOZA, op. cit. páginas 94 y ss. Arts. 227 a 229. Especialmente curiosa resulta la referencia a la crítica que hace la Audiencia de Valencia a la aplicación de la pena de muerte al que trate directamente y de hecho a modificar la religión del Estado. Los magistrados encontraban esta pena "demasiado blanda" (!)
- (105) Que trata las cuestiones políticas, con color de "religiosas", lo expone FIESTAS LOZA, op. cit. páginas 117 y ss.
- (106) Art. 101: "La enseñanza, el culto o el ejercicio en público de cualquiera secta o de otra religión que no sea la católica apostólica romana, se castigará por primera vez con la pena de ocho a diez años de obras públicas, y los reincidentes serán deportados perpetuamente".

Pero hay más, Art. 102: "Los que pertenezcan a las sectas religiosas cualquiera que sea su denominación y objeto y a las congregaciones o reuniones secretas de diferente -

- (106) creencia, serán o condenados a cuatro años de reclusión, y por las reincidencias incurrirán en la pena de ocho - años de obras públicas".

Art. 103: "Se agrava la penalidad si éstas reuniones son públicas.

- (107) Cfr. FIESTAS LOZA, op. cit. páginas 138/139.

- (108) Art. 128: "La tentativa para abolir o variar en España - la religión católica, apostólica romana, será castigado con las penas de reclusión temporal y extrañamiento perpetuo si el culpable se hallare constituido en autoridad pública y cometiere el delito abusando de ella. No incurriendo en éstas circunstancias, la pena será de prisión mayor; y en caso de reincidencia, la de extrañamiento perpetuo".

Art. 129: "El que celebra actos públicos de un culto que no sea el de la religión católica, apostólica romana, será castigado con la pena de extrañamiento temporal".

Art. 130: "Serás castigados con la pena de prisión correccional: Art. 1º : El que inculcare públicamente la inobservancia de los preceptos religiosos. 2º : El que con igual publicidad se mofare de alguno de los Misterios o Sacramentos de la Iglesia o de otra manera excitare su desprecio. 3º : El que habiendo propagado doctrinas o máximas contrarias al dogma católico, persistiere en publicarlas después de haber sido condenado por la Autoridad Eclesiástica. El reincidente en estos delitos será castigado con el extrañamiento temporal",

Arts. 131, 132 y 133. Se castiga la profanación de las Sagradas Formas, de las imágenes o el escarnecer públicamente los ritos. Los Arts. 134 el ultraje al ministro de la religión, y el Art. 135 el impedir o turbar el ejercicio del culto. Art. 136: "El español que apostatre públicamente de la religión católica, Apostólica romana, será castigado con la pena de extrañamiento perpetuo. Esta pena cesará desde el momento en que vuelva al gremio de la - Iglesia.

- (109) FIESTAS LOZA, op. cit. páginas 143 y ss.

- (110) La Sentencia del 3 de Marzo de 1.884, castiga como "escarnio a la religión católica" a quien, con ocasión del entierro laico de Fernando Garrido, afeó -en tono ciertamente impertinente- la conducta de un sacerdote, por no haber mostrado respeto a tal acto. En efecto, dicho sacerdote, al pasar el féretro, "permaneció con el sombrero calado e invitó a los demás a que así lo hicieran". La reacción ante esta auténtica intolerancia, fué, en efecto desmedida, pero la condena sin atenuantes es significativa.

Pero lo curioso es que el mismo día, el T.S. dicta otra sentencia en la que afirma "Que el que a pesar de las intimidaciones de los Agentes Municipales, insiste en no descubrirse ante una procesión, ofende los sentimientos religiosos de los que concurrían a ella, incurriendo en la sanción establecida en el n.º. 1.º del Art. 586 del Código Penal, ya que, aunque existiera libertad religiosa absoluta, se debe respeto y consideración formal y externa a la religión del Estado, pero no incurre además ..."

Otras sentencias en este sentido 10 de Octubre de 1.885 (en la que se afirma que solo es posible una crítica científica y templada de la Religión, y no p.e. la expresión "siendo los efectos colerifirmes de la excomunión de vuestro obispo".) la de 20 de Abril de 1.885, en que se castiga el hecho de no descubrirse ante una procesión, como perturbación de acto religioso, la de 29 de Septiembre de 1.886, también por no descubrirse ante el Viático, etc...

- (111) La Sentencia de 30 de Junio de 1.888 se dicta con ocasión de una disputa doctrinal entre un párroco y un pastor protestante sobre el culto de las imágenes. El segundo considerando afirma: "Considerando que al comparar en el folleto, origen de esta causa, la sagrada imagen de la Virgen con un pesebre, atribuyéndole igual virtud, más que razón y fundamento para la discusión sobre el culto de las imágenes, es un concepto encaminado a poner en ridículo, con mofa y escarnio aquel dogma de la Religión Católica..."

La lectura del folleto, reproducido en los hechos, produce la sorpresa de que tal comparación no existe, sino que el pastor protestante -al defender su posición ideológica- señala que el culto a las imágenes es un culto antireligioso a algo que es en definitiva un pedazo de madera "de la mis-

- (111) ma madera que el artífice hizo esa imagen, pudo hacer un pesebre para el caballo del Sr. Cura". La condena fué de dos años y cuatro meses.
- (112) Cfr. ARTOLA, Partidos y programas... , páginas 79 y ss.
- (113) RODRIGUEZ RAMOS, op. cit. página 325. LATOUR BROTONS, "Las libertades religiosas y políticas en el Código Penal de 1.870" R.G.L. y J/ en el número dedicado al centenario de la LOPJ y el Código del 70, Madrid, 1.970.
- (114) Art. 236, se castiga el forzar por cualquier medio a un ciudadano ejercer actos religiosos o asistir a funciones de este tipo, y que no coincidan con su confesión.
- Art. 237, se castiga lo contrario, esto es, impedirlo.
- Art. 238, se castigan las mismas conductas del 236 y 237, pero tratándose de confesión propia, o bien, forzar o - impedir el cumplimiento del descanso religioso.
- Arts. 239, 240 y 241, recogen la disciplina tradicionalmente presente en textos anteriores, esto es, las prácticas de ultraje o violencia contra ministros, celebraciones, locales, puntos dogmáticos, etc...
- (115) Hemos indicado ejemplos de sentencias del Tribunal Supremo, en que se aplican los Arts. 239 y ss. No existen -al menos encontradas con ocasión de su examen para este trabajo- correspondientes a los números anteriores.
- (116) Cfr. capítulo segundo, en el correspondiente apartado relativo a esta libertad.
- (117) Cfr. GOMEZ-REINO, op. cit., págs. 98 y 99.
- (118) Cfr. CASTRO, Cortes de Cadiz, Complementos, Tomo I Madrid o FERNANDEZ MARTIN, Derecho Parlamentario Español, Madrid, 1.970.
- (119) GARCIA HERREROS, Memoria ante las Cortes, Madrid 1.821, Cfr. también Dictament de TAPIA y otros en 14 de Septiembre de 1.820.
- (120) Recordemos que el Decreto de Valencia, se ordena retirar la Biblioteca de las Cortes y depositarla en la Biblioteca real.

- (121) En el Art. 1º se declara libre de censura y licencia los libros que traten "puramente de oficios mecánicos y artes, de literatura, matemáticas, astronomía, navegación, agricultura, comercio, geografía, material militar, botánica, medicina, cirugía, farmacia, física, química, mineralogía, zoología, y demás ciencias naturales y exactas, y de materias económicas y Administrativas".
- "Cual exención de censura y de licencia es de un todo aplicable a las traducciones de estos mismos libros, siempre que no se añadan notas políticas, históricas o filosóficas."
- (122) Cfr. MARTINEZ ALCUBILLA, Diccionario, voz "Libertad de - Imprenta, edic.de 1.896, pág. 869.
- (123) Cfr. en GOMEZ-REINO, op. cit. pág. 125.
- (124) Tanto MARTINEZ ALCUBILLA, como GOMEZ-REINO, ponen de relieve lo infructuoso de todos los esfuerzos legislativos por controlar la libertad de imprenta. Cfr. también TUÑON, ELORZA y PEREZ LEDESMA, op. cit. pags. 57 a 59 o ARTOLA, Programas.I, pags. 135 y 136.
- (125) Cfr. R.O. 10 de Enero de 1.843, recordada en la Circular de 24 de Mayo de 1.843: "Que el Gobierno se mostrará severo y quiere que sus agentes tambien lo sean". cit. por GOMEZ REINO, op. cit. página 130.
- (126) Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, op. cit., páginas 65 y ss. que recoge los reproches de los Hermanos ALVAREZ CID "...la - Imprenta es solo un medio de delinquir..."
- El Art. 203 resume en uno solo todos los supuestos delictivos, que se reducen a la impresión clandestina y a la falta de comunicación a la autoridad del nombre del director de una publicación periódica.
- (127) Cfr. TUÑOZ, etc., op. cit. pag. 63 y GOMEZ-REINO, op. - cit. págs. 162 y ss.
- (128) Cfr. para la primera las conclusiones de TUÑOZ, etc. op. cit. páginas 65 y ss.

Allí se dice: "Es decir, una misma ley o un mismo artícu-

- (128) lo puede servir a actuaciones muy diversas que el historiador sólo puede valorar a la luz de los resultados cuantitativos de la acción represiva y del examen de las causas incoadas". Conclusión que desde un punto de vista sociológico e histórico general arguyen en favor de los presupuestos técnico-juríficos que se han asumido en este trabajo.
- (129) No existe ningún título directo. Son importantes los trabajos históricos sobre educación de RUIZ BERRIO, Política escolar de España en el siglo XIX 1.808-1.833, (1.970) o los trabajos de PESET, citados por ARTOLA, La burguesía... que trata con una acertada orientación este tema.
- (130) ARTOLA, La burguesía..., págs. 278 y 279.
- (131) ARTOLA, ibidem.
- (132) COLMEIRO, op. cit. T.I. pág. 496: "La enseñanza primaria no podrá ser nunca considerada por el Estado solamente - como una industria, ni el cargo honorífico de guiar a los niños por la senda de la virtud formando su corazón e iluminando su entendimiento, como una profesión enteramente libre....De la alianza de tres principios y de feliz combinación depende la existencia de un buen sistema de instrucción primaria: el principio de la libertad individual ... el principio municipal para colmar los vacíos que dejare la acción y los esfuerzos particulares, y la intervención del estado a fin de suplir la ausencia e ineficacia de los anteriores... Aunque la profesión de maestro de primeras letras fué declarada libre, siempre quedó la enseñanza privada sujeta a ciertas condiciones previas..."
- (133) Cuestiones económicas: RR.OO de 31 de Julio de 1.847, 27 de Julio de 1.847, 12 de Julio de 1.849, 27 de Marzo de 1.850. Cuestiones referentes a la libertad o limitación de ella: RR.OO de 21 de Abril de 1.847 ("está a cubierto de interdictos lo acordado en Reales Ordenes en la cosa relativa a instrucción pública")
- (134) Cfr. COLMEIRO, op. cit. 491 y ss; SANTAMARIA, op. cit. pags. 377 y ss.; ARTOLA, La burguesía... páginas 79 y ss. "La profusión de reformas introducidas a lo largo de la primera mitad del siglo llevaron a la promulgación de la ley MOYANO, cuya vigencia se prolongó hasta muy avanzado

- (134) el presente siglo.
... configuran una organización rígidamente jerarquizada ..."
- (135) En la ley MOYANO se prevé esta conducta con la imposición de multas. (Arts. 7 y 8)
- (136) La instrucción primaria universal, uniforme y gratuita - forma parte de la Declaración de 1.849.
- (137) Por la razón que se verá después, la concepción como fundamental de un principio de política económica, hace que los mejores tratamientos de esta materia , se hagan en los abundantes trabajos sobre la economía y la sociedad del XIX. Su enumeración excede del ámbito de esta tesis. Hemos de referirnos nuevamente al libro de ARTOLA, La Burguesía ... y a la referencia bibliográfica sobre esta materia, páginas 402 y ss.
- (138) No podemos entrar en este trabajo en el arduo tema de la confirmación de si en España hubo un auténtico régimen liberarl, tema sobre el que parecen encontrarse actitudes contrapuestas de los historiadores modernos. Al menos la obra más reciente de tipo general que hemos estudiado NADAL., El fracaso de la revolución industrial en España, Ariel, Barcelona 1.975, parece corroborar esta tesis. Aún habrá de esperarse a conocer el resultado global de las investigaciones que sobre estos temas realiza el equipo del Departamento de Historia de la Universidad Autónoma de Madrid, bajo la dirección de Miguel ARTOLA.
- (139) Decreto de 12 de Febrero de 1.822, Art. 2, Según COLMEIRO: op., cit. página 546 del T.I. al no haber sido restablecido específicamente en 1.836-1.837, se considera - derogado.
- (140) Forma parte de la política de "desideologización" de estos entes. Las prohibiciones se contienen en las leyes de 8 de Enero de 1.845 y 25 de Septiembre de 1.863.
- (141) Real Orden de 25 de Agosto de 1.843: "No promuevan solicitudes, recursos, exposiciones y manifestaciones en voz de cuerpo de ninguna especie... bien para solicitar gracia, reclamar agravios, dirigir felicitaciones, manifestar adhesión u ofrecerle servicios..."

- (142) No existe una monografía sobre el tema. Algunos puntos se conectan con lo de asociación y reunión, y por ello resulta de interés la obra de ALARCON CARACUEL, El Derecho de Asociación obrera en España, ya citado. También ARTOLA: Partidos, Tomo I, páginas 148 y ss.
- (143) Resulta muy sintomático el capítulo que dedica COLMEIRO, op., cit. a las asonadas o motines (dentro del libro de la materia administrativa y diferente de las reuniones) en el que expone una definición que cuadra perfectamente con lo que se entiende modernamente por manifestación. El género más parecido en el tiempo con visos de legalidad son "las reuniones convocadas en calles, plazas, paseos u otro lugar", que tomen la forma de "procesiones, séquitos y cortejos de toda índole". La conciencia del injusto de las manifestaciones se refleja en su descripción, cfr. página 359 y ss.
- (144) Es la idea que se mantiene hasta 1.869. COLMEIRO afirma en el lugar citado: "Las asonadas pueden tener un objeto muy distinto: Ya se reducen los perturbadores a pedir pan o trabajo; ya solicitan disminución en el precio de las subsistencias; y reclaman la abolición de un impuesto o se resisten a pagarlo; ya exigen la destitución o el castigo de algún magistrado, o desprecian los mandatos de la justicia, o impiden a las autoridades el libre ejercicio de sus atribuciones, o pretenden extraer violentamente a los reos de las cárceles; ya proyectan mudar la forma de gobierno, deponer a las autoridades legítimas y establecer otras nuevas, derribar un trono o cambiar la dinastía, o ya, por fin, tienden a exterminar un partido y encender la guerra civil. "Excepto las últimas las tipificaciones son significativas de la especial mentalidad de la época e iluminan a nuestros ojos los contenidos reales de los preceptos genéricos que nos encontramos.
- (145) La ley iniciada es la ley procesal destinada a abreviar los procesos por delitos contra la seguridad del Estado. Ya ha sido comentada y será nuevamente citada más tarde. Subrayemos que una forma procesal tipifica materialmente conductas perseguibles. Cfr. CRUZ VILLALON, op. cit. págs. 320 y ss. FIESTAS LOZA, op. cit. 107 y ss. ARTOLA, Partidos... página 149
- (146) R.O. de 4 de Septiembre de 1.845: "La prensa periódica y

- (146) el derecho de petición que a los españoles concede la - Constitución de la Monarquía son medios suficientes para que puedan explicar libremente sus pensamientos o - elevar al trono la expresión de sus sentimientos; y a nada más que a trastornar el sosiego de los pacíficos pueblos pueden conducir manifestaciones colectivas y bulliciosas de otra especie.
- (147) El capítulo habla de delitos de rebelión y sedición, pero en la sedición se tipifica "a los que se alzan públicamente ...", 3ª Ejercer algún acto de odio (sentimiento) o de venganza en la persona o bienes de alguna autoridad o sus agentes o de alguna clase de ciudadano...". Recordemos que en la anterior tipificación, mientras no existiera resistencia no había sedición, incluso en 1.834. La existencia de este número 3 no es suficientemente subrayado por RODRIGUEZ RAMOS, para el que el Código de 1.848 no contempla esta conducta, lo cual no coincide con el es píritu y la letra del texto examinado.
- (148) Se trata de la Ley del 22 de Junio de 1.864, cuya principal importancia estriba en tipificar las reuniones legales, con sus requisitos, de modo concreto, frente a la genérica definición (única hasta el momento) de los motines, sediciones, etc.
- (149) Los más importantes van a ser los de asociación con las sentencias de que se hará mención más tarde.
- (150) ALARCON CARACUEL, op. cit. passim. ARTOLA, Partidos..., pags. 157 y ss. RODRIGUEZ RAMOS, op. cit. pags. 97 y ss.
- (151) Ampliamente representada en la literatura y en trabajos posteriores como el de R. SOLIS, El Cádiz de las Cortes .
- (152) GIL NOVALES: Las sociedades patrióticas (1.820-1.823) Tecnos, Madrid 1.975.
- (153) Cfr. ARTOLA, Los partidos... págs. 158. GIL NOVALES, op. cit. páginas 530 a 554.
- (154) Cfr. GIL NOVALES, op. cit. páginas 556-559.
- (155) Cfr. GIL NOVALES, op. cit. páginas 559 y ss.

- (156) Después de señalar las conductas ilegales de las reuniones y asociaciones como veremos después se hace una paladina declaración "Lo dispuesto en este capítulo es y debe entenderse sin perjuicio de la libertad que tienen todos los españoles para reunirse periódicamente en cualquier sitio público a fin de discutir asuntos políticos y cooperar a su mutua ilustración, con previo conocimiento de la autoridad superior..." Redacción que no dice cosa diversa, pero sí de modo contrario, al comentado Decreto de 1.821.
- (157) Art. 165. La frontera de la licitud e ilicitud se establece en la autorización del Gobierno o la autoridad. Las que carezcan de tal requisito se consideran clandestinas.
- (158) Cfr. GIL NOVALES, op. cit. página 536.
- (159) Reproducimos literalmente lo expuesto por ARTOLA. Partidos y Programas, páginas 158 y ss.
- (160) Resulta esclarecedor, examinar la normativa vigente que recoge COLMEIRO, op. cit. páginas 357 y ss. de carácter prohibitivo: Código Penal de 1.848, RR.OO. de 14 de Febrero de 1.841 y 30 de Mayo de 1.848 (que son propiamente normas sobre asociaciones) y Novísima recopilación (específicamente para las reuniones). El administrativista unifica el tratamiento de ambas materias, pero de su exposición se deduce que la reunión se regula por medio de leyes del Antiguo Régimen.
- (161) Esta ley contempla de una sola vez, las reuniones públicas, los cortejos, etc. así como las asociaciones.
- (162) Cfr. ARTOLA, Partidos ..., página 159: "La existencia pública de la democracia es de todo punto compatible con las instituciones fundamentales de la nación y, por lo mismo, sin género alguno de duda, ilegal... ha resuelto prohibir todas las manifestaciones públicas de la democracia..."
- (163) Art. 1º. "Quedan disueltas desde la publicación de este Decreto todas las reuniones y sociedades políticas en las que de palabra u obra se conspire contra la seguridad pública, contra los altos y sagrados intereses de la Patria, contra la integridad del territorio español y contra el poder constituido".

- (163) Parecería a primera vista un precepto duplicado del Código Penal, si no existiera la introducción del segundo inciso de enorme ambigüedad.
- (164) Es curioso que en este texto legal todos los artículos comiencen por "procederan a intimar, a reprimir con mano fuerte a reprimir, a prevenir..."
- (165) Art. 189 ya revisado, pues unifica el régimen de reuniones y manifestaciones.
- (166) Cfr. ARTOLA, Partidos, págs. 161 y ss. y las obras ya referidas de ALARCON CARACUEL y RODRIGUEZ RAMOS.
- (167) ALARCON CARACUEL, op. cit. págs, 40 y ss.
- (168) ARTOLA, Partidos, página 162.
- (169) Arts. 320 a 322. Se castiga "los que son color de culto - religioso formaren hermandades, cofradías y otras corporaciones semetantes sin conocimiento y licencia del Gobierno", "los que sin conocimiento y Licencia del Gobierno formaren alguna junta o sociedad en clase de corporación, y como tal corporación se arrogaren alguna autoridad, o tomaren la voz del pueblo, o representaren a la autoridad constituida o tuvieran correspondencia con - otras juntas o sociedades de igual clase", "las autorizadas por las leyes", si se confederan "unas con otras para oponerse a alguna disposición del Gobierno o de las - autoridades, o para impedir suspender o embarazar o entorpecer la ejecución de alguna ley, reglamento, acto de justicia o servicio legítimo o para cualquier otro objeto contrario a las leyes, fuera de los casos en que estas permitan suspender la ejecución de las órdenes superiores..."
- Cfr. GIL NOVALES, op. cit. pág. 1.058, nota 76.
- (170) ALARCON, op. cit. pág. 80.
- (171) ALARCON, op. cit. pág. 89.
- (172) ARTOLA, Partidos, pág. 163 ALARCON, op. cit. págs. 92-110

- (173) Proyecto de ley sobre ejercicio, policía... de 8 de Octubre de 1.855, cuya orientación no era dudosa: "Falsas, - peligrosas doctrinas, utopías especiosas, insidiosamente proclamadas como la inspiración de una mentida filantropía; tesorías quiméricas invocadas en nombre de la virtud... De aquí las disidencias que existen entre el fabricante y el operario, cuando una misma suerte debiera estrechar sus relaciones y mutua confianza ..."
- (174) ALARCON, op. cit. pgs. 110 y 111. La norma anterior se complementa con la dictada, ya por O'DONELL en 26 de Noviembre de 1.859.
- (175) Cfr. ARTOLA, Partidos, págs. 163-164 y ALARCON, op. cit. 11 a 114.
- (176) ALARCON, op. cit. 246 a 253.
- (177) ARTOLA, Partidos, pág. 167. ALARCON, op. cit. pág. 286 y ss. La aparición del fenómeno del anarquismo y del comunismo (contrario a la moral pública) va a cerrar el régimen, no sólo por la legislación ordinaria en contra de aquellos fenómenos, sino por las Circulares internas - (p.e.: Abril de 1.892, o Noviembre de 1.893) seprevendrá a las autoridades subalternas sobre esta libertad.
- (178) ALARCON, op. cit. págs. 141 y ss.
- (179) ALARCON, op. cit. págs. 273 y ss. señala como causa de ello: "Desde la publicación de la ley de 1.887, la jurisprudencia sobre el particular no existe; en efecto, la - nueva disposición regulaba ampliamente todos los supuestos que antes podían ser objeto de litigios, por lo que éstos dejan de producirse: los ciudadanos sabían lo que tenían que hacer si querían estar dentro de la legalidad en punto de asociaciones y no había lugar a dudas, si pese a ello, alguien contravenía proceptos vigentes era la autoridad gubernativa y los tribunales inferiores, a quienes tocaba intervenir, no ocurriéndosele a nadie recurrir al Supremo para causas perdidas de antemano..."
- (180) S.T.S. de 11 de Enero de 1.878, 19 de Junio de 1.879.
- (181) S.T.S. de 28 de Enero de 1.884, 1 de Abril de 1.884, 5 - de Julio de 1.884, 8 de Octubre de 1.884.
Todas ellas comentadas por ALARCON, op. cit. págs. 273 y ss.

- (182) Es cada vez más abundante la bibliografía sobre cuestiones electorales en el siglo XIX. Así los trabajos de TOMAS VILLARROYA sobre las elecciones bajo la vigencia de la Constitución de 1.837, pero hasta ahora los trabajos más importantes son de ARTOLA, Partidos ... ya citado, y el de MARTINEZ CUADRADO: Elecciones y partidos políticos de España, Madrid, 1.968. Seguimos al primero por razones de enfoque más cercano y mayor actualidad de la fecha de su edición.
- (183) La modernidad de la preocupación hace que se subrayen los aspectos técnicos o sociológicos, y como apoyatura investigadora los ideológicos o jurídicos. La orientación es evidentemente acertada, cuando lo que se trata es de investigar sobre el fenómeno global de la participación política. El objeto formal de este trabajo es diverso.
- (184) ROMERO ROBLEDO, en la sesión de 21 de Abril de 1.869 expone con todo detalle, para "criticar" el sistema del sufragio universal, todas las posibles corruptelas del mismo. Su crítica sin embargo, se centra en los aspectos sociológicos, por un lado, falta de instrucción, etc.... o los que se derivan, por otro, de la falta de radicalidad de tal sistema: negación del voto a las mujeres.
- (185) ARTOLA, Partidos... págs. 42-43. SANCHEZ AGESTA, op. cit. págs. 101 y ss. FERNANDEZ ALMAGRO, Orígenes del régimen constitucional en España, Labor, Madrid, 1.976 págs. 116 y ss. MARTINEZ SOSPEDRA, op. cit. págs. 321 y ss.
- (186) En definitiva, el supuesto ideológico de esta finalidad, y de las medidas que conducen a ello, es la distinción, manifestada por GARCIA HERREROS, (Sesión de 14 de Septiembre de 1.811) sobre dos clases de derechos: los civiles -entre los que está el derecho de elegir- y los políticos -el derecho de intervenir y de idor en política-. Este según el tipo de derechos, según ARGUELLES (sesión de 28 del mismo mes) se conectan formalmente con la propiedad. Todos estos razonamientos. Crf. MARTINEZ SOSPEDRA, op. cit. págs. 323-324.
- (187) Como se ve se hace expresa referencia a uno de los principios de Cádiz con incidencia en el futuro electoral de España, porque como se ve también introducen sensibles limitaciones al modelo de Cádiz: no en la reducción a dos

- (187) grados en la elección indirecta, sino en la reducción del cuerpo electoral. (Cfr. TOMAS VILLARROYA, op. cit. págs. 429 y 430).
- (188) ARTOLA, Partidos..., págs. 44 y 45. TOMAS VILLARROYA, op. cit. págs. 427 y ss.
- (189) Así se reducía la representación a un reducido número de poblaciones, y el Cuerpo Electoral, se reducía a los miembros de los Ayuntamientos y a un número de vecinos igual al de aquellos que fueran los mayores contribuyentes.
- (190) Así lo expresó luego MARTINEZ DE LA ROSA, sesión de 8 de Enero de 1.836, cfr. TOMAS VILLARROYA, op. cit. pág. 429.
- (191) Cfr. TOMAS VILLARROYA, "Las elecciones de 1.837", REP, - 1.978.
- (192) Exposición de Motivos: Ha manifestado la Comisión en un principio que la ley de elecciones no corresponde a la Constitución; pero su base, así como la de otras de su especie, debe considerarse en ella por ser de una importancia política muy señalada. Cuál haya de ser esta base, no puede dudarlo el Congreso. La elección directa es la única verdadera, mientras que la indirecta ofrece una ficción en cada grado en que consta". Y sigue en una declaración bien significativa, al unir conceptualmente sufragio directo y censitario: "Tiene además aquella la ventaja de que por mucho que se extienda el derecho de elegir, no puede concederse fácilmente a ciertas clases, que no sabrían apreciar su importancia y que abusarían de su ejercicio".
- (193) ARTOLA, Partidos, página 47, quien cita al artículo de - TOMAS VILLARROYA "El cuerpo electoral en la ley de 1.837" de la Revista del Inst. de Ciencias Sociales, Barcelona, 1.965, que forma parte de todo un cuerpo doctrinal de este auto en torno a los fenómenos políticos de la época.
- (194) Junto a la filosofía progresista de 1.837, en la que ca-saba mal la distinción propia de Cádiz -que vimos en boca de GARCIA HERREROS- se une la afirmación del supuesto censitario -al que se aspiraba desde 1.812, en la defensa de la coincidencia de interés nacional y posesión de propiedad. Ahora al menos se abre a ciertas profesiones liberales.

- (195) En la exposición de motivos de la Constitución se prevé la elección popular al Congreso de los Diputados, sobre los que no se extiende el preámbulo con la prolijidad - con que lo hace sobre el Senado, y la justificación de sus caracteres: vitalicio y de designación real. La justificación es su homologación de funciones con las del Poder Real.
- (196) Las razones que indirectamente da COMELLAS, Los moderados en el poder, C.S.I.C., Madrid, 1.970, es evitar la sumisión a la opinión pública, las oposiciones entre - ideologías diferentes y el deseo de movilidad social. Evidentemente, con el sistema moderado se suprime de raíz los tres elementos "deletéreos de la política liberal", pero lo que realmente ocurre es que el efecto es la supresión de toda relación entre el colectivo nacional y sus "representantes", que naturalmente no tienen que someterse a la opinión pública, porque la desprecian todo lo que pueden, no se producen banderías, porque todos pertenecen a la misma línea fundamental, y no necesi de la política para elevarse socialmente, porque ya lo están.
- (197) Resulta sintomático el juicio de los proyectos -entre - ellos el electoral- de un historiador tan admirador del reformador como es COMELLAS. Cfr. op. cit. pág. 315: "En suma, la reforma prevista por BRAVO MURILLO, sin tes bordar los términos del constitucionalismo liberal propio de mediados de siglo, significa un nuevo corrimiento a la derecha, sobre la doble base de un robustecimiento de las atribuciones del poder ejecutivo, y, una reducción de las fuerzas del parlamentarismo, al menos desde el punto de vista externo y formalístico".
- (198) Las elecciones bajo ESPARTEROS se sujetan a ley de 1.837, con modificaciones moderadas. El auténtico propósito se encarnaba en el proyecto electoral de 8 de Mayo de 1.856 y a él se ajusta lo expuesto en el texto. Cfr. ARTOLA - Partidos ..., págs. 51 y 52. HENNESSY, op. cit. págs. - 109 y ss.
- (199) ARTOLA, Partidos... página 52.
- (200) ARTOLA, ibidem.

- (201) ARTOLA, ibidem, SEVILLA, Historia .., página 230
- (202) Este concepto que limita legalmente el ejercicio de derecho de sufragio, y que será utilizado por CANOVAS de una manera muy amplia se contiene en el Art. 6º (Como "Exclusiones"; señalemos además que para la elección del Senado, se exige "saber leer y escribir" lo que distancía aún las condiciones de elector y elegible. Cfr. MARTINEZ CUADRADO, op. cit. 1º, 76 y ARTOLA, Partidos ... pág. 53.
- (203) ARTOLA, Partidos... págs. 57 y 69.
- (204) ARTOLA, Partidos..., págs. 57. Señala que no existen trámites, ni garantías.
- (205) Juntas Parroquiales, Cap. II, Art. 1 (Constitución) Art. 12 (Funciones Jurisdiccionales inapelables) instrucción Art. S. 34 y 50 respectivamente en la Constitución, Juntas de Partido, Cap. III Art. 1, 7, 8 de la Instrucción - Arts. 78 y 85 de la Constitución.
- (206) Las cometidas por escribanos, las que se cometen en documentos judiciales, mercantiles, parroquiales, académicos, pasaportes, cartas de seguridad licencias. (Título VII, Arts. 189 al 197)
- (207) ARTOLA: Partidos... página 57.
- (208) Recogido literalmente de ARTOLA; ibidem.
- (209) Recordemos que esta maniobra se produce paralelamente - al esfuerzo de O'DONELL por acabar con el abstencionismo. Puede ser esta una de las causas de tal intento.
- (210) ARTOLA, Partidos... págs. 58 a 60
- (211) Art. 320. Expedición de Cédula de Vecindad falsa . La ley penal electoral de 1.870 se limitó, desde la promulgación de la Constitución de 1.876, a las elecciones a Ayuntamientos y Diputaciones, puesto que para el Congreso y Senado se declaró vigente de la 1.864.
- (212) ARTOLA, Partidos... págs. 76 y ss.

- (213) En el proyecto, se equiparaba este nivel al anterior, con voto escrito y secreto. La redacción definitiva lo igualó, sin embargo con el primer nivel.
- (214) Este precepto tiene sus antecedentes en las leyes de infractores de la Constitución (Art. 9 de 1.813, y 16 de 1.820).
- (215) ARTOLA : Partidos... págs. 72 y 73.
- (216) Se trata del proyecto de ESCOSURA, que defiende esta tesis en sus Arts. 57-123.
- (217) Cfr. Las citadas en la correspondiente nota del mismo tema en el capítulo anterior.
- (218) CRUZ VILLALON, Estructura los siguientes: Ley Marcial, suspensión de la libertad individual, suspensión de la Constitución por el estado de sitio, e Instituciones de Protección extraordinaria Constitucional. Cfr. op. cit. págs. 14 y 15.
- (219) Aunque CRUZ VILLALON, op. cit. pág. 367 y ss. no da otra razón que las necesidades del momento, resulta sintomático que, al menos en España, la constitucionalización de la suspensión de las libertades se produzca al tiempo en que se amplía de modo cualitativo el número de derechos declarados constitucionalmente.
- (220) Como recoge CRUZ VILLALON, op. cit. págs. 162 a 165, los legisladores de Cádiz no se enfrentan con la Ley Marcial, sino que se considera en vigor la pragmática de CARLOS III de 17 de Abril de 1.774.
- (221) Cfr. CRUZ VILLALON, págs. 261 y ss.
- (222) En la sesión del 26 de Diciembre, CALATRAVA lee el informe de la Comisión de Arreglo de Tribunales, contrario a la suspensión de las formalidades del proceso. Solo se admitiría en caso de necesidad las garantías de los Artículos 287 y 306, pero no la de los demás. Por otro lado, no considera que la situación que expone la Regencia justifique ninguna suspensión.
Cfr. CRUZ VILLALON, op. cit. pág. 262 .

- (223) Cfr. CRUZ VILLALON, págs. 262 y ss.
- (224) CRUZ VILLALON, págs. 320 y ss.
- (225) Art. 2º, en este artículo que remite a la Ley 8ª, título XVII libro 12, de la Novísima- Prescriptivo de las diligencias procesal a cumplir en caso de bandidos- se plantea la equiparación de los facciosos a los bandidos, que como señala CRUZ VILLALON, fué una de las razones que hizo permanecer la Ley hasta 1.869.
- (226) Arts. 3º, 4º y 5º Nuevamente se observa como una prescripción de tipo procesal anula de hecho toda una serie de libertades materiales, y hace a esta ley una norma apta para periodos menos liberales.
- (227) Lo que más impresiona de las discusiones sobre estas ficciones es apreciar la exacta conciencia que de sus efectos tenían los legisladores. Algunos se plantean problemas de conciencia jurídica (ROMERO ALPUENTE: CANABAL ,etc.) pero se suprime toda resistencia descalificando de antemano a los posibles "Rebeldes", a quienes se considera merecedores, por su acción, de tales tratamientos, que objetivamente se consideran muy rigurosos. Cfr. Actas de las Sesiones de 15 de Abril de 1.821 y ss.
- (228) Se producen con la publicación del Código Penal de 1.822, y la Ley de Reuniones Patrióticas del mismo año, que, como señala CRUZ, op. cit. págs. 165 son ejemplos de la Ley Marcial,
- (229) CRUZ VILLALON: op. cit. págs. 170, 171 y 328
- (230) CRUZ VILLALON, op. cit. ibidem. Resulta curiosa la constatación de este autor, de las Comisiones Militares, desaparecidas en 1.834, vuelven a aparecer en ese mismo año para ser formadas contra la rebelion carlista. RR.DD. de 29 de Julio y 7 de Agosto de 1.834.
- (231) CRUZ VILLALON, págs. 329 y ss.
- (232) Cfr. CRUZ, op. cit. pág. 330, que cita el precepto, como el Art. 4º del Tratado VII, título III de las mismas Ordenanzas de 1.768.
- (233) Aparte de las citadas intervenciones, CRUZ refleja en es-

- (233) te momento la ideología de MARTINEZ DE LA ROSA que ya conocemos sobre la necesidad de suspender las libertades, cuando peligra la sociedad. Cfr. CRUZ, op. cit. pág. 332.
- (234) CRUZ, op. cit. págs. 333-336. En él se recoge el proyecto del Art. 8º de la Constitución que redacta ISTURIZ, en el que, como último inciso, se exceptúa la excepción. Así se dice que la previsión de determinadas garantía, en los casos de suspensión del "habeas corpus" no será necesario observar "en los casos de estado de sitio".
- (235) Cfr. CRUZ, op. cit. págs. 337 y ss.
- (236) Lo hacía ya INFANTE, en primer proyecto del Gobierno de 1.838 y desde luego el proyecto definitivo de 1.839, cfr. CRUZ, op. cit. págs. 338 a 341.
- (237) La realidad es que no existe una política legislativa - progresista sobre esta materia. La referencia a las leyes que se hacen en el Real Decreto son a las normas de CARLOS III, ya citadas y a la Ley de 1.821. CRUZ, op. cit. pág. 343.
- (238) Cfr. FERNANDEZ SEGADO, "Las disposiciones de excepción de la década moderada", R.E.P. 205, 1.976
- (239) CRUZ, op. cit. pág. 346.
- (240) R.D. de 31 de Mayo de 1.856: Varias localidades de Teruel, Valencia, Castellón de la Plana y Cataluña.
- (241) Además de CRUZ, op. cit. págs. 360 y ss. y FERNANDEZ SEGADO, loc. cit.
- (242) Este examen comparativo, y las condiciones de él resultantes son confirmadas, no solo por la lectura de los diferentes proyectos, sino del análisis de CRUZ, op. cit. cfr. - págs. 358 a 360 y 362-363.
- (243) Cfr. CRUZ, op. cit. págs. 399 y ss.
- (244) CRUZ, págs. 408 y ss.
- (245) CRUZ, pág. 411.

- (246) Esta ley admite la sumisión a la jurisdicción castrense por una vía muy indirecta, pero eficaz, al conferir, en el art. 31, las facultades civiles ejercitables en los dos primeros estados, a la autoridad militar en la guerra.
Recordemos los esfuerzos realizados en 1.869, para evitar la prohibición de los consejos de guerra para los civiles como inciso del art. 31 de la Constitución. De todas maneras, con ocasión de la discusión de esta ley GIL VERGES, plantea la anticonstitucionalidad de tales consejos. Cfr. CRUZ, págs. 421 y ss.
- (247) CRUZ, op. cit. págs. 424 y ss.
- (248) CRUZ, op. cit. págs. 429 y ss.
- (249) Volvemos a reiterar aquí la deuda de gratitud que tienen los juristas a la obra de Juan Francisco LASSO GAITE y a los volúmenes publicados de Crónica de la Codificación Española, publicados por el ministerio de Justicia (Comisión General de Codificación), Tomo I Organización Judicial, Madrid, 1.970, Tomo II, Procedimiento Civil, Madrid, 1.972, Tomo III, Procedimiento Penal; Madrid, 1.975.
- (250) Cfr. LASSO, II, pág. 4, FAIREN, "La ley de Enjuiciamiento civil de 1.855", en Temas del Ordenamiento Procesal, Tecnos, Madrid, 1.969, I, págs. 61 y ss.
- (251) LASSO, afirma que no llegó a tener nunca vigencia. Este extremo no se confirma por FAIREN, ni por MARTINEZ ALCUBILLA, en sus ya citadas obras y en la segunda en la voz "Justicia".
- (252) LASSO, op. cit. I, págs. 7 y ss.
- (253) FAIREN, op. cit. págs. 61 y ss.
- (254) Cfr. la importancia que da a este texto, desde la perspectiva política SANCHEZ AGESTA, Historia, pág. 109. Cfr. . LASSO, op. cit. III, págs. 19 y ss.
- (255) LASSO, op. cit. III, págs. 23 y 24.
- (256) LASSO, op. cit. III, págs. 29 y ss.
La importancia de este texto, entre otros extremos, es que trata de introducir en España, la institución del Jurado.

- (257) Existe una conocida, y a veces multilateral polémica, sobre los orígenes de lo contencioso-administrativo en España. El autor de este trabajo, por las razones que los participantes en ella, se inclina por la mantenida por SANTAMARIA, Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1.973. Sus tesis coinciden, de forma sorprendente, con la evolución detectada en todo el siglo sobre el tema del propio sentido de esta tesis. Remitimos a la bibliografía expuesta en su página 28.
- (258) SANTAMARIA, op. cit. págs. 55 y ss. Creemos con este autor que la distinción planteada se mantiene entre asuntos político-gubernativo y contencioso, y no entre contencioso y jurisdicción común, aceptando plenamente los argumentos que se aportan de carácter crítico-legal.
- (259) Los argumentos de SANTAMARIA son: "Las constituyentes - de Cádiz no se plantea en el momento alguno el tema del contencioso-administrativo de modo frontal y directo" (pág. 67); "No existiendo una desconfianza hacia los Tribunales ordinarios, el principio de unidad de Fueros..." (Pág. 68) y contesta a dos objeciones: La previsión de Tribunales especiales para conocer determinados negocios y la limitación de las competencias de los Tribunales ordinarios. Creo que las respuestas -revisados los argumentos legales- son satisfactorias (págs. 69 a 78) En su apoyo, señalaríamos toda la larga discusión sobre los casos de infracciones a la Constitución, que en Cádiz se atribuyen -con las dificultades doctrinales que ello comporta, cfr. infra cap. quinto- a la jurisdicción ordinaria, por lo menos en un principio y hasta el momento en que los Diputados, en época tardía, comienzan a desconfiar - del poder judicial y su "integración" espiritual en el nuevo ideario liberal. Es esta desconfianza la que hace aparecer la necesidad de la intervención, en principio rudimentaria, de las Cortes, "Tutelando" a dicha Jurisdicción ordinaria para evitar la negligencia en el enjuiciamiento de estos casos.
En el Trienio, es esta desconfianza la que origina la Jurisdicción Constitucional y, de acuerdo con SANTAMARIA, la contenciosa.
- (260) Esta tesis, mantenida en el presente trabajo, y en el - que citamos de SANTAMARIA, op. cit. pág. 82 se ve con-

- (260) firmada por FAIRE, Temas I, Págs. 194, al hablar precisamente del caso Fitzgerald, que dió lugar a la aparición de la ley de infracciones de la Constitución.
- (261) SANTAMARIA, op. cit. págs. 87 a 92.
- (262) SANTAMARIA, op. cit. págs. 92 a 100
- (263) Cfr. LASSO, op. cit., II, págs. 5 y ss. Su influencia en la codificación procesal civil, FAIRE, op. cit. I, págs. 67 y ss.
- (264) SANTAMARIA, op. cit. págs. 112 y ss.
- (265) SANTAMARIA, op. cit. págs. 115-116
- (266) LASSO, op. cit. II, págs. 8 a 10. FAIRE, op. cit. I, págs. 73 a 77.
- (267) FAIREN, op. cit. I, págs. 80 a 87. LASSO, op. cit. II, págs. 10 a 12.
- (268) El más importante crítico es GOMEZ DE LA SERNA, en la - Exposición de motivos de la Ley de enjuiciamiento de 1.855. Su formación romanista impulsó a considerar como el arquetipo del proceso el "solemnis ordo iudicarius", frente a la visión más realista y adaptada a los tiempos, que iniciara SAINZ DE ANDINO. Cfr. FAIREN, loc. cit. págs. 86 y 87.
- (269) LASSO, op. cit. III, págs. 55 y ss.
- (270) LASSO, ibidem, págs. 61 y ss.
- (271) LASSO, op. cit. III, págs. 63 y ss.
- (272) LASSO, op. cit. III, págs. 66 y ss.
- (273) LASSO, op. cit. I, págs. 18 y ss.
- (274) SANTAMARIA, op. cit. págs. 118 y ss.
- (275) LASSO, op. cit. I, págs. 33 y ss. Nuevamente se plantea el problema de la afección constitucional de los Jueces, de la que los políticos dudan. Con ello, adquiere consis-

- (275) tencia los razonamientos de SANTAMARIA, ya expuestos más arriba.
- (276) LASSO, op. cit. II, págs. 12 y ss.
- (277) LASSO, op. cit. II, cap. IV, FAIREN, op. cit. págs. 90 y ss. PRIETO CASTRO, "La Instrucción del Marqués de GERONA..." R.G.L.J. 193 (1.953) número extraordinario, págs. 113 y ss. MANRESA comentó también esta Instrucción en 1.853.
- (278) LASSO, op. cit. II, págs. 83 a 104.
- (279) LASSO, op. cit. III, págs. 105 y ss.
- (280) SANTAMARIA, op. cit. págnas, 143 y ss.
- (281) FERNANDEZ-SANTAMARIA, op. cit. págnas. 99 y ss.
- (282) SANTAMARIA, op. cit. págs. 149 . FERNANDEZ-SANTAMARIA, op. cit. ibidem..
- (283) FERNANDEZ-SANTAMARIA, op. cit. págnas. 100-101
- (284) FERNANDEZ-SATAMARIA, op. cit. págnas 53 y ss.
- (285) FAIREN, op. cit. I págnas, 97 y ss. LASSO, op. cit. II, págs. 57 y ss. (Cap. V)
- (286) LASSO, op. cit. II, págs. 79 y ss. (Cap. VI)
- (287) Sus puntos esenciales en las Bases, LASSO, op. cit. II p. 107
- (288) LASSO, op. cit. III, págs. 188 y ss.
- (289) Los puntos, como siempre, tomados de LASSO: op. cit. III, págas. 195 y ss.
- (290) LASSO, op. cit. III, págs, 260 y ss.
- (291) FERNANDEZ-SANTAMARIA, op. cit. págs. 113 a 117, 182 y 191-192.
- (292) FERNANDEZ-SANTAMARIA, op. cit. págs. 197 y ss.

- (292) Para esta época, es esencial el conocimiento del trabajo de MARTIN REBOLLO, sobre la elaboración de la Ley - de 1.888, a que haremos referencia en el capítulo siguiente.



1982
035-11

José Manuel Romero Moreno



X-53-184811-5

PROTECCION PROCESAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ESPAÑA
DEL SIGLO XIX
TOMO II

Departamento de Derecho Natural y Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
1982



BIBLIOTECA

© José Manuel Romero Moreno
Edita.e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía
Noviciado, 3 Madrid-8
Madrid, 1981
Xerox 9200 XB 480
Depósito Legal: M-36677-1981

CAPITULO CUARTO: LA EVOLUCION DEL PROCESO EN RELACION CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

I.-LA POTESTAD DE INICIAR EL PROCESO.

La potestad de iniciar el proceso es el primer elemento del derecho a la jurisdicción. Este derecho, como ya se ha señalado, tiene para este trabajo un doble significado:

a) Constituye premisa fundamental para considerar que una libertad fundamental es auténtico derecho subjetivo público, y no solamente un valor, una aspiración, o un laudable principio de política legislativa. Significar la atribución^a cualquier particular, a quien se considera titular del ejercicio de esa libertad, la posibilidad de iniciar un procedimiento pretendiendo que se le reconozca (en declaración del tribunal en su sentencia), y se ampare en la práctica (en la ejecución de la sentencia) ese derecho que se considere violado (derecho de acción); o bien cuando se le posibilita para que pueda oponerse a cualquier pretensión, que se considere violadora de un derecho fundamental, o que se apoye en una disposición que pueda tener ese carácter (derecho de excepción).

b) Existe además de lo indicado, una creciente tendencia doctrinal a considerar íntimamente ligada a la cuestión de la efectividad de los derechos fundamentales, la existencia de un auténtico derecho a la libertad de acceso a los tribunales, derecho a la jurisdicción en sentido genérico. Bto es, para un comprensivo análisis de la protección procesal de los derechos fundamentales, no basta con el de los institutos procesales que se refieren específica e in

mediatamente a la restauración de un orden jurídico fundamental violado. Es también necesario analizar si los textos normativos declaran un derecho de los particulares a la justicialidad, y en caso de que este derecho se niegue o desconozca, si existe algún sistema que prevea la restitución de esta fundamental facultad, siempre que sea desconocida (1).

Vamos a analizar los textos legales sobre esta materia, atendiendo a ambos significados, aunque hayamos de anticipar que si las manifestaciones de la primera de las especialidades existen, aunque sean escasas, de la segunda, nos vamos a encontrar con un desolador silencio, paliado en parte por las formulaciones genéricas e indirectas que habremos de referirnos.

A.-Formulaciones directas y específicas de la potestad de iniciar un proceso sobre libertades fundamentales.

Por el examen de las normas constitucionales y ordinarias realizadas más arriba, hemos comprobado que la protección de los derechos fundamentales, es casi exclusivamente penal. Esto es, los legisladores constitucionales, y, a su luz, los autores de la legislación ordinaria conciben que no existe violación alguna de los derechos humanos, sino la que constituye formalmente delito.

Es casi completamente ajeno al pensamiento de los legisladores del XIX, que pueda existir una conducta desconocedora de los derechos fundamentales, que no esté inspirada por un dolo específico ((2)).

Naturalmente, esto no es totalmente cierto. La experiencia de aquella época, y la más cercana a nosotros descubre que hay ocasiones en que determinadas actuaciones, no específicamente delictivas, pueden desconocer las garantías reconocidas constitucional, orgánica, e incluso reglamentariamente, a los particulares. Tales conductas entran, fundamentalmente dentro de dos áreas que no se prevén en la instrumentación de la protección procesal de estos derechos: tales son el área de la autonomía de la voluntad -en la esfera del Derecho Privado-, y el área de la discrecionalidad política del poder, ya sea éste el legislativo -formulando leyes que atenten contra los derechos-, el ejecutivo -realizando actos que adolezcan del mismo defecto- o el judicial -estableciendo decisiones contra tales garantías materiales o jurisdiccionales-. En este apartado haremos referencia a las declaraciones de esta potestad referida a todos estos aspectos, subrayando el posible alcance de tales declaraciones. Por razones sistemáticas, dejaremos para otros trabajos, el investigar con mayor profundidad las razones ideológicas o coyunturales que justifican las posibilidades del ejercicio de este poder, así como los antecedentes pre o meta-jurisdiccionales que en determinados casos existieron en nuestra Patria.

El sistema de protección penal de los derechos fundamentales tiene el gran desarrollo que conocemos, desde 1.811 -"Reglamento - para que las causas criminales tengan un curso más expedito"- hasta el Código Penal de 1.870, y la legislación especial conexas. La razón es que en España las garantías más tempranamente desarrolladas son precisamente aquellas referidas a la dignificación del proceso

penal, al que era necesario dotar de seguridades acordes con la entidad de los objetos del mismo: las personas humanas. Por esta razón, se produce posteriormente -según van declarándose nuevos derechos y libertades- una especie de atracción hacia la esfera de lo penal de la protección de los nuevos derechos reconocidos, a lo que se añade la inexistencia de una jurisdicción constitucional completa, y la limitación -poco a poco superada- de los posibles objetos de la reclamación contencioso-administrativa.

Este fenómeno, paralelo al de todos los países europeos, ocasiona que, por ejemplo, la esfera jurisdiccional civil no entre jamás en la consideración de evidentes infracciones de los derechos fundamentales, producidas, en las relaciones jurídico-privadas, tanto civiles como mercantiles (o laborales, inicialmente incluidas dentro de esta última área).

Todo esto, originado por causas que no son ahora del caso examinar, plantea la referida exclusividad de la jurisdicción penal - en estas materias.

Existen excepciones a este principio general, y en torno a ellas se plantean instituciones procesales cuyo nacimiento y desarrollo fueron enormemente conflictivos. Nos referimos a los instrumentos procesales en torno a la libertad de Imprenta, y a la protección de la propiedad privada frente a los fenómenos de expropiación y contribuciones.

Cifrándonos a este tema hemos de ocuparnos de las formulaciones de la potestad de iniciar los procesos correspondientes en cada uno de los casos expuestos, cuando por la legislación se consagra directamente tal facultad, Sin subsumirlas generalmente en el campo - del enjuiciamiento penal.

a) Libertad de imprenta.

Como sabemos la legislación del siglo XIX sobre la Imprenta, se preocupa más que del régimen jurídico de su ejercicio, de la represión de lo que, en cada momento histórico, se considera abuso de dicha libertad y realización de una actividad delictiva a través de este medio. La legislación describe tipos delictivos, que completan, al Código Penal en unos casos, en otros se integran en los tipos descritos penalmente y arbitra, en ocasiones, organismos jurisdiccionales especiales para su enjuiciamiento, estableciéndose también especialidades para la posible acción o denuncia de tales hechos.

Sin embargo y por el especial régimen de esta libertad como derecho subjetivo reaccional, también se contemplan, en ocasiones, determinados requisitos de carácter preventivo, como son la censura previa, el cumplimiento de determinadas prescripciones de carácter administrativo, p.e. la constancia del impresor o autor en los escritos, el depósito de los impresos, de los que puede derivarse la posibilidad de la autoridad administrativa de detenerlos (por las - razones expuestas legalmente), concretas condiciones económicas o ideológicas para ser editor, o por fin, y con carácter represivo: la atribución a la autoridad gubernativa de la sanción de determina da conducta.

A todas ellas se ha hecho mención, en los apartados de este trabajo que recogen la disciplina legal ordinaria de esta libertad. Lo que ahora nos interesa conocer son las posibilidades, que éstas les conceden a los sujetos de la libertad de imprenta, de acudir a algún órgano jurisdiccional en defensa de su propio derecho, cuando éstos, se ven limitados o violados.

La legislación que gira en torno a la Constitución de Cádiz y que, como sabemos, es enormemente respetuosa para esta libertad, no establece ninguna acción preventiva para todos aquellos escritos que no sean de carácter religioso (3). Mantiene sin embargo la censura o licencia previa del Ordinario para los que tienen este carácter (artº 6). La posible acción concedida a los particulares en defensa de la libertad de imprenta se concreta en este caso. Efectivamente, tanto la disciplina de 1.810, (completada por los Decretos de 1.813) como la de 1.820, (completada por las normas de 1.822) conceden expresamente acción a los impresores, editores o autores de impresos religiosos, que no consigan obtener licencia del Ordinario o que obtuvieren decisión negativa, ejercitable ante la Junta Suprema de censura (1.810 a 1.814) (artos. 19 y 20) o la denominada, Junta de protección de libertad de imprenta (1820 a 1824) (artos. 3º al 5º de la ley de 1.820). Esta acción pone en marcha un procedimiento cuyo "iter procesal" es diferente en la primera y en la segunda época. De acuerdo con la legalidad de 1.810, lo máximo que podrá hacer la Junta es invitar al Prelado para que con una mayor detención en el examen de la obra, e iluminado con el parecer de la Junta suprema, de la que forman parte también eclesiásticos

eminentes, otorguen la licencia denegada expresamente o silenciada. La ley no obliga a nada más al Ordinario, por lo que el autor carece de una auténtica acción contra una medida contraria a la libertad, a pesar de la expresa mención del concepto "acción" en el articulado (art. 16 del Decreto de 1.810). Sin embargo, el Decreto - de 1.820, que señala con más detención lo que podríamos llamar vía previa eclesiástica, otorga la facultad al interesado de "recurrir" (art. 52) en una expresión poco precisa, pero sugerente, a la Junta de protección de Imprenta -que ya ha aconsejado una segunda revisión al Ordinario, en el espíritu del Decreto del 12- "la que lo elevará al conocimiento de las Cortes". ¿Cuál es el curso siguiente a este conocimiento? La ley lo silencia, y a este supuesto tampoco se refiere la ley de infracciones de la Constitución. La conclusión es, pues, que no existe auténtica vía jurisdiccional plena en esta materia, para la defensa de la libertad de Imprenta en asuntos religiosos.

No existe en la legislación concordante con la Constitución de Cádiz, ningún supuesto de prevención, y menos de represión de - la libertad de imprenta que pueda ser competencia de la autoridad gubernativa. Esta actúa sólo como iniciadora o ejecutora de las decisiones de los Jueces o Tribunales (4), los cuales se encuentran asistidos, en la primera época, por las Juntas Provinciales y Suprema de censura, y, en la segunda, por los jurados de hecho y la Junta protectora de la libertad de imprenta. Por esta razón no se establece, ni hay por qué, los supuestos de acción jurisdiccional contra las medidas gubernativas en esta materia, sino sólo suplicato-

rias de revisión de los informes emitidos por las Juntas censoria y protectora de la libertad (5) además de las genéricas penales.

La legislación de imprenta posterior a 1.837 -la absolutista no se considera por razones obvias- responde a dos tipos de orientación política, como ya se ha puesto de relieve. Pues bien, no es distintivo característico de la legislación más progresista sobre la materia, (sino que en eso coincide con la moderada hasta la revolución democrática de 1.868), la supresión de las facultades gubernativas en la materia, ya catalogadas en su momento. Mas grave aún es en la materia que estamos concretamente examinando, la inexistencia de atribución a los particulares de acción jurisdiccional contra los abusos -que no sean al mismo tiempo claramente delictivos, por dolo específico- o la desviación de poder que puedan encerrar las medidas del ejecutivo (6).

Las formulaciones directas de una facultad de exigir jurisdiccionalmente la revisión o restitución del derecho de libertad de - imprenta. no se dieron en este período en materias referentes a la licencia que debieran prestar los Ordinarios, previa a la posible publicación de un escrito religioso (7). Tampoco se conceden contra las decisiones de la Administración que tuvieran el estricto - caracter de preventivas, esto es, que consistiesen simplemente en el otorgamiento de las licencias, que en esta época constituyen un complicado sistema, cambiante en sus lineamientos particulares, pero idénticamente negativo en su espíritu general. Se faculta a la Autoridad gubernativa, contra lo prevenido en los preceptos consti

tucionales, para enjuiciar y castigar conductas que se estiman anti-jurídicas, pero que a los exclusivos efectos de escapar a las prevenciones constitucionales se califican de faltas, en vez de delitos aplicando penas que, en algunos casos, fueron de una gran entidad, contra las que se concede algún remedio pseudo-jurisdiccional.

Efectivamente, a los sancionados gubernativamente no se les concede ni siquiera la facultad de recurrir en alzada ante la autoridad inmediatamente superior a la sancionadora, sino en la ley de 1.857 (8). La única posibilidad de control se había establecido en la ley de 1.852, cuando fuera el Gobierno quien decretara la adopción de medidas de extraordinaria gravedad, como la supresión de un pe-riódico, del cual debía dar cuenta a las Cortes (art. 17). La vía puramente administrativa se conserva en toda la legislación poste-rior, con el dictamen adicional del consejo de Estado, que previene el texto elaborado por NOCEDAL (1.857) (9) o CANOVAS (1.864) (10).

La legislación democrática de 1.869 a 1.874 se encuentra en-tre dos límites críticos, el decidido propósito de suprimir todas las actuaciones gubernamentales en esta materia (Decreto-ley de 23 de Octubre de 1.869) (11) y el repetido y peligroso uso que hacen los sublevados carlistas o cantonales de este medio informativo pa-ra sus propósitos subversivos. La legislación represiva se endure-ce, con la sola excepción de que las medidas más importantes serán adoptadas por el Gobierno, contra el que no se da acción alguna, y la menos importantes por los Gobernadores, por encima de los que -no cabe vía de recurso alguno (12).

Tiene que pacificarse la situación española y consolidarse la Monarquía, para que se conceda por primera vez en nuestra historia legislativa un ejemplo de acción jurisdiccional contra las medidas gubernativas en materia de libertades públicas -en concreto de Imprenta- y ello es a impulso de la política liberal de SAGASTA en la Ley de 26 de junio de 1.883, art. 19 (13).

b) Protección de la propiedad privada.

Sabemos que la confiscación de bienes es una práctica contra la que unánimemente se pronuncian los Códigos políticos fundamentales y la legislación penal de la época. El régimen de acción jurisdiccional entra de lleno en los supuestos de este campo del proceso criminal.

Asimismo, las exacciones tributarias o fiscales injustas, materiales o formales, en el sentido de no estar establecidas o realizarse dolosamente por ley, son asimismo tipos penales castigados por las correspondientes leyes, y garantizada su reparación por las leyes rituarias.

Existen sin embargo, multitud de casos, en que la Administración actúa en supuestos de expropiación o de exacción de contribuciones, o de modo que no pueda demostrarse la concurrencia de un dolo específico en el funcionario que las ordena, o de modo tal que el acto no sea conforme a Derecho. Ante estos casos, surge la institución del recurso contencioso-administrativo. Sobre el origen de la juridificación y justicialización de la Administración precisa-

mente en el siglo XIX, hemos de referirnos más tarde. Allí habrá - de hacerse mención a los diferentes modelos de organización conten ciosa jurisdiccional que se manejan a lo largo de todo el siglo.

Lo que ahora nos ocupa es determinar las formulaciones exis tentes de la posible potestad de accionar con eficacia contra las decisiones de la Administración.

Pues bien, nos interesa subrayar que son los conflictos sobre la propiedad privada, y los posibles ataques a la misma por la Ad ministración pública, los que hacen nacer en España el recurso con tencioso-administrativo, que, a lo largo de los tiempos, podrá ser utilizado en otros temas, no meramente económicos, y que, al prin- cipio, se consideran incluidos dentro del socorrido concepto de po testad discrecional de la Administración (14). La juridificación - de lo político administrativo en el s. XX encontrará ya construidos los instrumentos procesales que garanticen la defensa de los dere- chos fundamentales de los ciudadanos en materias no económicas, y en supuestos de exacción de responsabilidades no criminales.

Esta es la importancia práctica, aparte de las demás razones expuestas en su momento y que eran de carácter utilitario y jurídi co-positivo, de reconocer al derecho de propiedad como uno de los garantizados como fundamental por las leyes constitucionales y or- dinarias. De este modo, no sólo respetamos la mentalidad liberal - de la época que estudiamos y por tanto la consideración que este - derecho merece a tal mentalidad, sino que además nos sirve para rag

trazar los orígenes de la juridificación de la acción del ejecutivo y los instrumentos procesales que tal juridificación conlleva.

No existe formulación expresa de acción posible contra la Administración en el sistema jurisdiccional de Cádiz. Este silencio se engloba dentro del más amplio, puesto de relieve por SANTAMARIA, que afecta a toda la cuestión contencioso-administrativa. La atribución a los jueces civiles de las resoluciones de los conflictos con la administración hace innecesaria una declaración especial del derecho a la jurisdicción en reclamaciones contra la Administración en materias de Hacienda (15) (expresamente tenidas en cuenta por los legisladores) u otras conexas.

El conjunto de complejas razones que en el período de 1.820-1.824 lleva a la atribución en favor de la administración de todas las cuestiones que tengan que ver con conflictos contenciosos, hacen que los abundantes textos legales normativos de estas materias se propongan desvincular de la jurisdicción ordinaria su resolución con la excepción del Decreto de 25 de junio de 1.821, que aún reconoce una cierta posibilidad de acudir a la autoridad judicial, según la interpretación de PARADA y MANZANEDO-. Con este fin, aparecen incluso manipulaciones semánticas, como denominar a los litigios, "dudas" y a la acción concedida a los particulares, ejercitable exclusiva y terminalmente ante la autoridad administrativa, "quejas" o "recursos" como taxativamente señala el Decreto de 3 de febrero de 1.823, comentado ampliamente por SANTAMARIA. (art. 91 del Decreto) (16).

La exención jurisdiccional de los conflictos con la Administración tomó carta de naturaleza en España, de tal manera que incluso se privó de legitimación (17) para ejercitar toda clase de interdictos contra ella mientras actuara dentro de los límites de la competencia que tuviera atribuida por las leyes (18). En estos supuestos, tanto en los casos de reclamación por causa de tributos, o de impugnación de expropiaciones forzosas, a los particulares sólo quedaba la posibilidad de acudir a los órganos de la propia administración a los que legalmente se atribuyera un peculiar carácter jurisdiccional (19).

Este estado de cosas sufrió un importante paréntesis precisamente desde 1.868 a 1.875, en que se sometió a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las reclamaciones que en virtud de las leyes pudieran instar los particulares sobre estas materias (20).

Podemos concluir, por el momento, que la legalidad ordinaria en multitud de ocasiones reconoce, con los matices indicados, a los particulares la posibilidad de ejercitar acciones jurisdiccionales plenas o imperfectas ante la Administración por la violación de las garantías debidas al respeto de la propiedad privada.

d) Conclusión.

Son escasos los preceptos legales que de forma específica se refieran a la posibilidad de iniciar un proceso de carácter jurisdiccional no penal -en toda la amplitud que hemos dado a este término- por violación de derechos fundamentales. Los ejemplos que he

mos propuesto se caracterizan fundamentalmente porque constituyen o bien un tema de una gran trascendencia política, a lo largo de - todo el siglo, viéndose el Gobierno obligado o tentado a intervenir de modo continuo en el ejercicio de esa libertad -la de Imprenta-, bien, porque su régimen es fronterizo con la economía y el Derecho privado, y ello hace que los particulares soliciten -con diverso - éxito según hemos visto- la garantía procesal contra abusos de la Administración, no sólo delictivos, sino puramente administrativos.

Los demás tipos de libertades, o bien se sujetan al régimen general penal -caso de la seguridad personal- o bien su aparición es muy tardía como tal derecho fundamental consagrado, y su ejercicio no es patrimonio fundamental de los pudientes, sino de los sectores sociales más deprimidos p.e.: reunión, asociación, etc...y - por ello su juridificación, y por consiguiente su salida de los puramente discrecional, es mucho más tardía, y dentro del estricto - campo penal también, privándola de posible acción contencioso-administrativa.

Estudiaremos pues ahora este tipo de formulaciones genéricas.

4.1.1.2.-Formulaciones directas de la potestad de iniciar el proceso en general.

Los procesos de carácter general que se regulan durante el siglo XIX son los de enjuiciamiento civil, penal y contencioso-administrativo.

El proceso civil, como sabemos, no fué objeto de una regulación nueva y completa en su aspecto material hasta 1.853 por medio de la Instrucción del Marqués de Gerona, si bien en sus aspectos organizativos había recibido un sinnúmero de medidas legales de todo tipo. Estas disposiciones sobre organización judicial afrontaban determinadas cuestiones de índole material, pero el punto que nos ocupa no mereció la atención hasta estas disposiciones globales de carácter material, y que es la indicada Instrucción, muy pronto sustituida por la ley de Enjuiciamiento civil de 1.855 y esta por la de 1.881.

La ley de 1.855 establecía en su art. 12 (21) el principio de la libertad de acceso a los Tribunales, y su corolario que es la facultad de iniciar una demanda, o contestar a ella, "comparecer en juicio" en favor de aquéllos que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, estableciendo una doctrina, que ha llegado hasta nuestros días, a través de la ley de Enjuiciamiento civil de 1.881. (22).

Merece la pena hacer referencia, ahora que analizamos estos textos con perspectiva histórica y filosófica, a las posibles razones que llevaron a una redacción ambigua del art. 12 (ley de 1.855) o del art. 2 (ley de 1.881) que han originado la tardía aparición del concepto de legitimidad.

Efectivamente, de la redacción de estos artículos se deduce una expresa exclusión de toda referencia al campo político en la -

determinación de la posibilidad de acudir a los Tribunales. La men
ción a los "derechos civiles" es consciente, y como dicen PACHECO
o NOUGUES (23), coloca al problema de la actuación ante los Tribuna
les civiles y a la posibilidad de acudir a ellos, en el ámbito de
la capacidad atribuida a las personas por la legislación civil. Lo
que estos artículos establecen son unas auténticas remisiones a los
preceptos, sobre capacidad jurídica y sobre capacidad de obrar, que
son genéricos a todo fenómeno jurídico.

Lo que llama la mención es que, siendo estos conceptos total
mente genéricos se expliciten legalmente por medio de una remisión
pura y llana a la legislación material. Por el contrario el concep
to procesalmente más original, y específico, el de legitimación, no
se menciona ni se presupone conceptualmente de modo ninguno en las
leyes de Enjuiciamiento civil. Evidentemente, existe una confusión
en la inicial doctrina procesalista derivada de la equiparación del
derecho o facultad procesal con el de derecho o facultad material
(24). Este fenómeno es idéntico al que acabamos de reseñar de la
capacidad: los dos tipos existentes son precisamente los civiles -
materiales, y su regulación supone la identidad de ambas en lo ma
terial y en lo procesal.

Estimamos que la ambigüedad apuntada va mucho más allá, y su
secreto está en el indudable carácter político, en el más amplio -
sentido de la palabra, del concepto de legitimación (25).

El sistema de conceptos procesales, en la Ley de Enjuiciamien

to civil supone una cierta construcción de la teoría general del - Derecho procesal, y de ello son conscientes los juristas de 1.855, y mucho más los de 1.881 (26). Habrán de cuidar, así pues, que los conceptos generales que acunien tengan una virtualidad perfectamente controlada, y no se vuelva contra determinados propósitos políticos cuya incoherencia técnico-jurídica se ponga de manifiesto, - al desplegar aquellos conceptos todo el vigor de que son capaces.- Veamos que las reclamaciones civiles pueden ser modelo de las recla_maciones contra la Administración -en lo no penal, esto es en lo - contencioso-administrativo-, y entonces las categorías jurídicas de corte general procedentes del enjuiciamiento civil pueden violentar el espacio de amplia discrecionalidad que pretende otorgarse al eje cutivo en su actuación (27).

A esta luz, nos resulta que la construcción de conceptos como capacidad de obrar o capacidad jurídica procesales, no presentan problemas. Es la "legitimatío ad causam", la que sí puede plantear los.

Una declaración general formulada por la teoría general del proceso de la plena accesibilidad a los Tribunales a favor de los particulares, en cualquier caso de violación de un derecho, sea - quien sea el sujeto que la realiza, es impensable en aquellos momentos, precisamente por el estatuto privilegiado de la Administra_ción (28). Por ello, sería peligrosa la concesión de supuestos legales, de los que pueda deducirse tal concepto general que faculte a los Tribunales, en una interpretación integradora del sistema -

jurídico, a reconocer que toda persona sujeto de derecho -supongamos cualquiera de los concedidos por la legislación fundamental sobre derecho de reunión, por mencionar algún campo de absoluta discrecionalidad de la Administración, tenga por declaración general del derecho procesal posibilidad de su reclamación ante los Tribunales, en caso, como decimos, de violación no criminal del mismo. (29).

Por ello es quizá por lo que la legitimación como concepto -jurídico no se establece. Así por medio de un mecanismo técnico-jurídico no respetado, se desconocen en la realidad los supuestos de la justicia. El derecho a la jurisdicción puede suponerse, o formularse expresamente, a favor de todas las personas con capacidad. - Pero la auténtica medida de este derecho, no es la de la capacidad general, sino la específica procesal de la legitimación. Y esa medida hay que mantenerla a cubierto de generalizaciones excesivas - que la hagan peligrosa políticamente.

Esta es la importancia de los preceptos de la ley de Equitación civil que estamos manejando, precisamente el poner de relieve, en su confirmación y verificación históricas lo que es una inteligente idea de tratadistas modernos de esta materia como el próf. ALMAGRO. (30).

En el proceso penal, el problema político se plantea de modo diferente. No precisamente en el de la legitimación individual. - Aquí evidentemente, tal concepto se deriva de una declaración de -

que determinada conducta es típicamente penal, y de ahí surge la posibilidad de acudir a los Tribunales, por lo que no produce problemas en su impositación positiva.

El umbral crítico del problema del derecho a la jurisdicción o libre acceso a los Tribunales, en el campo penal, se va a plantear en el XIX en torno al problema de la acción pública. Y nuevamente el fantasma de la posibilidad de la extrapolación "ope Tribunalium" de este concepto a la esfera jurisdiccional administrativa van a falsear su desarrollo.

La acción pública es el caso límite, por su amplitud, de la medida del derecho a la jurisdicción (31). Ideológica y filosóficamente supone que el bien que ha de protegerse por la acción ejercitada es considerado de una importancia básica dentro del sistema legal correspondiente. Esta importancia puede ser objetiva, porque el bien jurídico tutelado es efectivamente fundamental desde todo punto de vista, y así cuando el sistema legal no ampara con esta acción, es porque ha adquirido conciencia de su radicalidad. En esos casos el legislador afirma que el bien jurídico no se puede dejar al arbitrio de su inmediato afectado, y que en caso de que sea violado, no puede quedar a la discrecionalidad de éste el perseguir o no su restitución jurisdiccional.

Este es precisamente el sentido de la institución del Ministerio fiscal. Pero al tiempo, y para cerrar el círculo de las garantías, y considerando que tal institución puede no llegar a conocer

todas las violaciones que se producen, se instrumenta la vieja institución de la denuncia. Pero también pueden existir razones diversas entre las que puede estar una posición previa ideológica o interesada -fácilmente deducible cuando se trata de temas de fuerte contenido político o relacionadas con el ejecutivo del que en definitiva depende el M. fiscal-y en esos casos se arbitra el medio de la acción pública, que hace presente a la sociedad a la defensa de este interés jurídico especialmente protegido.

La acción pública penal, o la acción pública administrativa, surgen para las ocasiones en las que los intereses a proteger estén íntimamente vinculados con el bienestar general, de orden material o de orden ideológico, como por ejemplo los derechos fundamentales.

Pues bien, la acción pública penal, que tan directamente relaciona lo técnico-jurídico con lo político presenta en su nacimiento y desarrollo características, que confirman la tesis que se acaba de reseñar, y que no se ha deducido, sino de la observación de este mismo desarrollo. Porque, y este es un segundo sentido de la acción pública, el poder estima por su propio juicio que determinado bien jurídico -no radical en su esencia, pero fundamental para los propósitos políticos del poder- es de una gran importancia y arbitra así la acción pública, generalmente reforzando la general de denuncia para crear un clima auténtico control fronterizo con el tenor de ciertas conductas privadas. Veremos que los dos tipos se darán en España en el siglo XIX. La acción pública surge en España como germen por primera vez en 1.813, y no en 1.844, como señalara en su día SILVELA.

Se trataba en el primer caso de la defensa de la fé o la Constitución. En el segundo, el bien a proteger era el posible abuso - de la libertad de Imprenta. Vemos que en uno y otro caso se trata de proteger un bien jurídico de enorme importancia -correcto o erróneamente para la autoridad legislativa.

En efecto, en 1.813, y en el mismo Decreto que acaba con la Inquisición, aunque fuera por poco tiempo, los legisladores, quizá llenos de una explicable mala conciencia ante lo que para alguno - de sus co-diputados era acabar con la global estructura doctrinal de España, tratan de convencerse a sí mismos de que no se trata de eso, sino de acabar con un instrumento poco apto, por vetusto e - inadecuado a los tiempos que corren, sin que sufra para nada la salud espiritual de sus ciudadanos. Entonces admiten, sin casi discusión, y como valor entendido, la posibilidad del ejercicio de esta acción para todo español en persecución del delito de herejía (32). Lo que resulta curioso, es que los mismos legisladores de Cádiz cedan a las violaciones de los valores que tan solamente asumen como inspiradoras del nuevo régimen la misma protección procesal de esta especial "delatio" cuando la violación o el delito se refiera a los derechos fundamentales proclamados en la Constitución (33).

Para la doctrina del tiempo (34) la acción pública penal no se instrumenta en España con posterioridad, porque no se reunifican y condensan los preceptos penales rituarios sustanciales, como ocurre con los civiles. Esto no se produce hasta la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1.872 (art. 101).

Sin embargo no cabe duda de que la institución, ya de modo pleno es conocida por los jurisconsultos y legisladores españoles. Es más, se utiliza, como vamos a ver, en ocasiones en que el Gobierno moderado y dictatorial de NARVAEZ—pretende en su propio beneficio, y no en el de la sociedad en general, la introducción de esta institución, desvirtuando evidentemente su filosofía. Así ocurre en la ley GONZALEZ BRAVO, tan aprovechada por la reacción, de 1.844, (35) a la que se refería SILVELA, pero que no llegó a cuajar en su instrumentación práctica y que pronto fué suprimida, pero que constituye un ejemplo de la segunda utilización de la acción pública que hemos señalado.

Pero es que además, y esto no lo dice SILVELA, la acción pública penal había tenido carta de naturaleza en la legislación española, durante un corto pero intenso período, de la mano del Código Penal de 1.822, tan ambiguo y lleno de contradicciones. En él se establece en su art. 134 (36) la acción pública penal, regulada de una forma enormemente moderna. Como sabemos el Código fué abrogado, y no restaurado con la vuelta a España de los sistemas constitucionales.

Su indudable carácter de avanzada legislativa lo confirma "a sensu contrario" cuando en los proyectos de Código Penal de 1.826, 1.829 y 1.834 aunque contengan preceptos de carácter rituario, suprimen esta acción pública.

Los siguientes Códigos Penales de 1.848 y 1.870 no contendrán

como sabemos normas rituarías, por lo que la normativa de la acción pública llegará, de nuevo a España de manos de la ley de 1.872 al amparo de la nueva situación constitucional, cuya posición sobre público ya conocemos confirmándose posteriormente por la de 1.882, en cuya espléndida Exposición de motivos, enumera ALONSO MARTINEZ, como una de las grandes virtudes del texto, el otorgamiento de la acción pública (37).

Pero nuevamente encontramos en este punto la vidriosa cuestión de su posible y plenamente natural extrapolación desde el campo de lo penal, al campo de las actuaciones administrativas que - afecten, y no criminalmente, a intereses públicos, y en los que resulte dañado no un individuo concreto, sino una comunidad determinada. Esta institución plantea un peligro potencial para la acción discrecional de la Administración, tan celosamente conservada por nuestros moderados, que es en su orden de la misma entidad que el señalado más arriba sobre la legitimación. Y ello es fácilmente - comprensible, pues la acción pública no es más que un aspecto o faceta de aquella importante institución (38).

La acción popular es conocida en España en tiempos muy tempranos, en materia administrativa, precisamente en el campo de la administración local, en donde son cercanos los intereses municipales sobre todo en lo que se refiere a aprovechamientos comunes, en el que cada uno de los miembros de la comunidad municipal podía sentirse inmediatamente concernido por las violaciones que, procedentes del exterior, pudieran afectar a esos bienes o aprovechamientos.

La visión política de los moderados apreció bien pronto la - carga explosiva que suponía la posible conexión de esta acción con su conceptualización penal continuamente amenazante como institución general, y cuyo uso parcial para la Imprenta en 1.844, podía legitimar, por uso propio del Gobierno, la introducción en otras esferas. La reacción no se hizo esperar. Se borró de la doctrina legal aquella posibilidad de acción penal de Imprenta, por la vía del silencio reglamentario sobre su ejercicio; se hizo desaparecer del - Código Penal, cuyo proyecto se empieza a pergeñar en 1.843; y por último, y paralelamente se suprimió en la ley de Ayuntamientos de 1.845 toda referencia a la posible acción popular ejercitable, bien por los vecinos, bien por el Procurador del común o el síndico - instituciones no estudiadas como corresponde- y se atribuyó al Alcalde la exclusiva y excluyente legitimación para actuar en juicio sobre estas materias (39).

La Revolución democrática no modificará esta atribución a favor de los Alcaldes, estableciendo como sustitutorio de aquella acción popular, una acción de este tipo de carácter doble, por un lado contencioso-administrativa, que, si bien es anunciada en los correspondientes títulos sobre los derechos de los habitantes con carácter público, luego es regulada de acuerdo con la doctrina de la legitimación por el perjuicio personal, y por otro auténticamente penal. (que ya hemos visto).

La ley municipal canovista no necesita, a la vista de ello, modificar este régimen, dado que la acción contenciosa no es de ca

rácter popular o público, y que la penal, ya está reconocida de modo general en la legislación correspondiente.

La posibilidad de iniciar los procedimientos contencioso-administrativos, es de una enorme amplitud en cuanto a los problemas de orden de capacidad. Pero, existe una doble limitación, ya presente desde su introducción reglamentaria en 1.843, y que ha perdurado hasta los tiempos presentes.

Se trata por un lado de la legitimación -regulada con una - enorme cicatería- y que no atiende a la evolución del modelo francés, y que sólo admite el "derecho subjetivo particular" lesionado, y no legitimación general ante la "incompetencia administrativa o el exceso de poder". En este sentido, cuando apreciamos en la ley del Recurso contencioso-administrativo de 1.888, o en su precedente de la ley CAMACHO de 1.881, la redacción paralela a la de Enjuiciamiento civil sobre la interposición de las demandas, aparece aún más - claro aquel punto puesto de relieve más arriba, sobre la necesaria y utilitaria interconexión entre los dos fenómenos jurídicos, y su recíproca alianza para evitar conceptos generales peligrosos para la discrecionalidad administrativa.

Pero es que además existe otro límite que es la excepción concedida a favor de los actos de la Administración que se consideren de este tipo de actividad. La amplitud con que la legislación ordinaria, los reglamentos y la jurisprudencia congruente interpretaron durante todo el siglo XIX esta materia serán objeto de análisis pos

terior. Queda, sin embargo, constancia de lo estrictamente limitado del derecho a iniciar un procedimiento contra la Administración, - en general, y con mayor razón, por tratarse de materias de especial conflictividad política, los de ejercicio de derechos fundamentales, algunos de cuyos ejemplos de supresión total de esta posibilidad ya hemos indicado, cuando expresamente se ha determinado por la ley, como p.e.: la libertad de Imprenta.

Por último, haremos una referencia a la posibilidad abierta a los particulares en orden al ejercicio de acción jurisdiccional en materia constitucional. En este orden, sabemos que existen dos tipos de jurisdicción constitucional en el siglo XIX español. En - ambos casos se establecen las normas cuya alegación puede invocarse como violadas los órganos ante los que puede solicitarse la acción jurisdiccional, y los derechos especialmente protegidos por esta - institución: los derechos fundamentales, aunque sin excluir otros posibles temas de inconstitucionalidad. Sin embargo, sólo en uno de ellos se establece la legislación orgánica que articule, entre otras cosas el inicio de la acción. Son los preceptos correspondientes de la Constitución de Cádiz, y la "non nata" de 1.8773, de las que sólo la primera recibió dos desarrollos legislativos 1.813 y 1.820, no ocurriendo lo mismo con el modelo federal.

La ley de infracciones de la Constitución de 1.813, y paralelamente la de 1.820 conceden a "todo español, a quien la ley no prohiba este derecho "la posibilidad de acusar ante los jueces o tribunales competentes, o representar ante el Rey o las Cortes, a los delinquentes contra la Constitución" (Cfr. nota 33).

Se trata de una posible "delatio" pero, que en la práctica - sólo se utilizó como acción personal, y así lo consideramos ahora quien de hecho resultaba ofensivo, a pesar de la amplitud de la medida de la legitimación.

De todo ello se hablará en el capítulo quinto.

I.-EL PROCESO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

A.-Introducción.

El derecho a la jurisdicción que hemos constituido como un - centro significativo de este estudio sobre el sistema técnico-jurídico de protección de los derechos fundamentales, exige que una vez se haya abierto la puerta de la jurisdicción a los particulares, - se pueda garantizar a estos justiciables "un justo proceso" en el sentido de un adecuado y correcto "iter procesal" congruente con - la dignidad de la persona humana.

Es evidente que la protección procesal de los derechos humanos exige este "due process of law", pero no sólo porque si no la declaración de derechos, como hemos visto en la teoría y la práctica, se convierte en un puro ideal, sino que además, la importancia de la protección procesal es de tal relevancia para la mente jurídica contemporánea que se ha convertido ella misma, en un auténtico derecho fundamental substancial.

Hemos visto, a lo largo de todos los capítulos anteriores, -

que esta garantía de un proceso adecuado ha constituido buena parte del esqueleto de los derechos por los que luchó Europa en el siglo XIX, en lo que al proceso penal se refiere. El problema está - en la posibilidad del ejercicio de ese derecho en otros procesos, civiles, contencioso-administrativos, o incluso constitucionales. Aún diríamos más que la preocupación se ha centrado en determinados "casos-límite" que contrariaban la dignidad de la persona.

Sin embargo, con la perspectiva que nos proporciona la investigación histórica y los adelantos de la ciencia procesal moderna, podemos rastrear la paulatina aparición, en la ley constitucional, y sobre todo en los textos normativos ordinarios, de una serie de principios, cuya vinculación con la dignidad de la persona quizá - no fuera sentida explícitamente como programa político, pero que - se ha ido introduciendo en los sistemas procesales españoles, para conferirles el grado de justicia de que eran acreedores sus beneficiarios: los ciudadanos. Esos principios son los que se pretende - describir ahora en su aparición histórica, justificando una vez más que en definitiva, los instrumentos técnico-jurídicos fundamentales tienen una profunda vena política, tomando esta palabra en su más alto sentido (40).

B.-Los principios de la reforma del proceso civil.

No podemos entrar aquí en la discusión sobre la politicidad o neutralidad del proceso civil. Y no porque sistemáticamente no - fuera este el momento de su tratamiento, sino porque quizá la posición medida que aquí se mantiene no entra en discusión con las que

contradictoriamente se han enfrentado en esta disputa doctrinal (41). Sin pretender una tibieza ecléctica, lo que creemos indudable, y a su demostración en la historia, más que a su defensa conceptual, va mos a atender seguidamente, es que el desarrollo y perfeccionamiento técnico-jurídico del proceso civil tiene indudables resonancias políticas.

Sabemos lo que el sector defensor del neutralismo político del proceso civil dice en relación con el argumento de la larga duración de las normas rituarías a través de los más diversos sistemas. La realidad es que la historia del siglo XIX es un ejemplo de un - constante y renovado conato de tejer y retejer -no hay ostensibles vueltas atrás en estas materias- de la organización del proceso civil, y si en algún momento se llega a una cierta estructura general aceptable, no es sino después de grandes tanteos -1.853, 1.855, - 1.881, la enumeración de las fechas es sintomática- y con la constatación de que sobre esos grandes esquemas la modificación de pun tos sustanciales es continúa hasta nuestros días, en un expreso de seo de una mejor y más justa impartición de justicia, y de una evi dente modificación de supuestos jurídico-políticos (42).

Pero es que además, sabemos que en el siglo XIX, y para los introductores del nuevo régimen en España, la modificación del pro ceso civil es una necesidad política, convencidos de que el existen te no satisfacía políticamente las necesidades de la nueva concepción del hombre (43). El esfuerzo de ese siglo en torno al proceso civil se dirigirá fundamentalmente a dotarle de contenidos políti-

cos esenciales, de los que quizá, por una regresión histórica, se ha visto privado en negras épocas recientes. Quizá este trabajo es tuviera terminado ya con la Instrucción del Marqués de Gerona, y a partir de ahí, la labor directamente política sobre el proceso civil haya acabado (SERRA). Pero lo que sí es indudable, es que el - siglo XIX, significó un denodado esfuerzo, tanto más cuanto que en realidad era más original y creativo, para dotar al proceso civil de los instrumentos técnico-jurídicos mas ajustados a las exigencias del valor de justicia y seguridad, y que no sólo nosotros ahor ra sino también los legisladores de aquel tiempo, sabían que tales elementos eran necesarios para la satisfacción de los derechos, y que su ausencia significaba un expreso deseo de que este supremo va lor no se encarnará en el proceso civil. Que este elemento tiene - carga política no creemos que lo puedan negar nadie. Y en este tem plado medio, que defiende MONTERO, nos hemos situado nosotros desde un principio (44).

En resumen, no defendemos que lo importante del siglo XIX pa ra al proceso civil sea que éste se politizara, aunque sí decimos que se "eticizó", sino que la conquista de ese siglo para los posteriores es la enseñanza de que las mejoras técnico-jurídicas que puede parecer neutrales, no lo son tanto, pues aunque no puedan ja más ser concebidas como patrimonio de opiniones políticas concretas su aparición y aplicación, si son en realidad auténticos avances - técnicos, que tienen una indudable carga política.

Veamos estos extremos en algunos de los puntos que constitu-

yeron núcleos conceptuales de la transformación del proceso civil, Hemos de advertir que, al no tratarse en este trabajo de formular una teoría general del Derecho Procesal, no vamos a ir exponiendo los diferentes principios que a los diferentes procesos, y ahora al civil, atribuye la ciencia procesal moderna. Lo que tratamos de hacer es descubrir los principios que durante el siglo XIX, * por - su orden cronológico de aparición, informaron las diferentes políticas legislativas procesales, en orden a la mejora, racionalización, y "eticización" -en el sentido indicado- de los diferentes tipos rituales.

1.-El principio de legalidad sistemática.

En el siglo XIX, y ya desde su amanecer, constituye una evidente preocupación para los legisladores la disgregación de los diferentes cuerpos legales. Esto que es extensivo a todas las materias, lo es de un modo especial al proceso civil y no sólo al penal, en el que se concentra una especialísima significación de la legalidad.

Existe una auténtica finalidad política, como emergente consecuencia, y propósito consciente, en los legisladores: se trata de la evitación de situaciones de inseguridad, por un lado, y de privilegio, por otro. A este fin se dirige la unificación de fueros - que supone desde Cádiz la atribución exclusiva y excluyente a favor de los Jueces y Tribunales -con la excepción autorizada y especialmente protegida de los árbitros- de las causas civiles, cuya filosofía es clara (45).

Dentro de esta finalidad fundamental tienen también esencial importancia los preceptos relativos a la unificación de los cuerpos legales, no sólo materiales, sino también los rituarios, estableciéndose el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los tribunales. Ni las Cortes ni el Rey podrán dispensarlas, según la constitución de Cádiz, (art. 244) que señala además algunos de los puntos que deben servir de guía para esta unificación (46).

En Cádiz se inicia algún leve conato de señalar elementos materiales del proceso civil, con una referencia expresa a los juicios de árbitros, que se regula con una especial detención, precisamente para asegurar con claridad los límites de esa anormal institución, por un lado (art. 280), y por otro el importante establecimiento de tres únicas y definitivas instancias, y una concreta exposición de cuándo se deba considerar cosa juzgada (art. 285).

Este propósito de la legalidad sistemática, que no volverá a aparecer en los textos constitucionales, será objeto de atención por la legislación común.

Así esta preocupación se orienta en principio, por las razones apuntadas, hacia la reforma de los órganos jurisdiccionales, o hacia textos normativos materiales, como demuestra la experiencia de 1.820-1.824, en cuyo período solo permitió, a las Cortes liberales reorganizar Audiencias y Juzgados, y a emitir legislación general sobre temas penales -Código y leyes sobre determinadas medidas penales accesorias- aunque elaboró un proyecto de enjuiciamiento civil (47).

Esta preocupación por la sistematización, y precisamente por la indudable carga política, de la misma, puesta ya de relieve por Cádiz y por las Cortes de 1.820 -que trabajaron intensamente en este sentido en otros textos-, supo ser apreciada correctamente por los absolutistas. Efectivamente, la sistematización constituyó preocupación de Fernando VII, y no por razones de justicia, sino por -razones de eficacia y pura utilidad: como lo demuestra la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1.830, obra que trascendió en cierta manera los propósitos de su impulsor, por la enorme talla de jurista de su autor (48).

Con la Regencia y por la explícita razón de "mejorar la Administración de la Justicia" se dicta un Reglamento provisional en 1.835. Se trata de poner un cierto orden sistemático, en evitación de abusos y prácticas injustas, por irregulares o dilatorias. Sin embargo, ni siquiera se plantea la necesidad de una sistematización más desarrollada, aunque de alguna manera esta posibilidad, manifestada como deseo, se pone de relieve en la corta exposición de motivos inicial, en la que se afirma la provisionalidad de este Reglamento de alguna manera unificador, "hasta tanto, que, reunidas otra vez las Cortes del Reino, puedan establecerse con su acuerdo las medidas legislativas que más convengan para este fin" (49).

Pero esta sistematización integradora y conservadora, que se manifiesta en las leyes de 1.835 o 1.838 -ley de notificaciones- o 1.838 -sobre el juicio de menor cuantía- de 1.837 -sobre recurso de nulidad reflejan los esfuerzos por sistematizar pero sin llegar a

la unidad de cuerpos. Nuevamente, en 1.844, se produce, en torno al procedimiento civil, un trabajo legislativo del mismo sentido, pero que afecta simplemente a cuestiones de régimen interior (50).

La Instrucción de 1.853 del Marqués de GERONA, fué una muy interesante iniciativa de transformación de la práctica procesal civil española, uno de cuyos principales aciertos estribaba precisamente en la necesidad de arbitrar una organización absolutamente renovadora que fuera capaz de racionalizar el proceso civil. Esta labor de racionalización, que era cabalmente lo que, debe entenderse por auténtica sistematización, suponía la transformación que elogiosamente han subrayado todos los tratadistas. (51).

El problema de esta Instrucción que suscitó las críticas e incluso las más amargas inventivas de los tratadistas de la época y de los actuales, procede, como con gran agudeza señala FAIREN, de la no observancia de la segunda de las exigencias con que aparece el principio que comentamos, y se confirma precisamente con esta experiencia negativa, acompañada de las positivas que la siguen. - No utilizar precisamente la vía de la legislación, con la correspondiente discusión parlamentaria y asunción política por parte del cuerpo social, de la medida, cuya profunda incidencia política es, indudable (52).

La revolución de 1.854 asume esta lección, y muy pronto en 31 de enero de 1.855 se aprueba una ley que refleja, con una notable pureza, el principio de la legalidad sistemática, manifestándo-

se sobre todo en la discusión parlamentaria, en la que de un modo casi unánime se puso de manifiesto la necesidad de fijar los principios básicos del enjuiciamiento civil por medio de puntos concretos -"bases"- dictadas por las Cortes. Incluso tratándose de un proyecto de legislación que, a primera vista, pudiera aparecer como - neutro, esto es carente en absoluto de ninguna virtualidad política, significación, la instrumentación de un aparato técnico de profundas resonancias sociales (53).

La crítica posterior al texto, en definitiva articulado por GOMEZ DE LA SERNA ha subrayado la timidez de la reforma. Ni la experiencia histórica española, resulta aceptablemente expurgada, ni tampoco las necesarias innovaciones asumidas con valentía. La razón estriba, para los modernos comentadores de esta obra, en varias causas: la rapidez de la redacción, un respeto excesivo a la letra y no al espíritu de nuestra mejor legislación histórica y la propia posición ideológica del redactor. Pero junto a ellas se destaca de modo indudable, la ambigüedad y vaguedad de las Bases que fundamentaron su desarrollo. Nuevamente se pone de manifiesto la importancia del acercamiento de lo político a lo procesal en estas críticas.

Este principio de la Ley de Bases, ganada su carta de naturaleza, en el sistema jurídico español, se manifestó una vez más en la reforma de 1.881 (54).

Vemos, pues, que a lo largo del siglo XIX ha tenido una gran relevancia para la organización del proceso civil, lo apuntado en

Cádiz, aunque no llevado a sus últimas consecuencias. "Como toca a la Constitución determinar el carácter que han de tener en una nación el código general de sus leyes positivas, deben establecerse en ella los principios que han de derivarse de aquélla". La experiencia histórica ha demostrado, a nuestro entender, en esta materia, que efectivamente, si no la Constitución, que parece excesivo, sí el poder legislativo debe dictar de modo eminente los principios generales -nosotros hemos llamado sistemáticos- de las grandes instituciones jurídicas, y en nuestro caso del proceso civil.

Los casos en que esto no ha ocurrido así, o tal indicación no se hace de modo correcto, la organización sistemática no ha regpondido a las necesidades del momento -en el siglo XIX la renovación de la práctica forense civil- o no se ha acertado a elaborar una adadada confrontación de las contradicciones existentes en la legislación. Todo ello, no sólo se ha producido en perjuicio de determinados valores políticos afrontados explícitamente, sino que, no se ha conseguido su pretendida vigencia más en el momento de actualizarse un determinado instrumento técnico-jurídico, que, en nuestro caso y para el siglo XIX, hemos visto que era la necesaria sistematización por medio de la ley parlamentaria. Se trata de una manifestación del principio de legalidad olvidado generalmente a - pesar de su importancia, dada la relevancia indudable de otros aspectos de tal principio, que trasciende lo puramente técnico-jurídico, en campos como lo penal o lo administrativo,

2.-El principio de la rapidez y la accesibilidad económica.

El problema de la rapidez del procedimiento civil -al que va indisolublemente unido en el siglo XIX, el de su costo- es algo que se tiene presente desde la misma Constitución de Cádiz.

El examen de la legislación de todo el siglo XIX descubre que los legisladores tratan de subrayar esta evidente lacra de la práctica procesal o forense del antiguo Régimen por medio de medidas no demasiado eficaces, por la abundancia de disposiciones que repletan la exhortación a la celeridad, completadas con demasiada frecuencia, por medidas indirectas, para que no se retrase la sustanciación de las causas de orden civil y penal.

Las exhortaciones del legislativo o de la misma administración abundan desde el famoso Reglamento procesal criminal de 1.811, que si bien pone de manifiesto la preocupación por este problema no - alerta a atajarlo de manera radical, aunque las estrictas normas - sobre plazos en esta normativa descubren la preocupación de los legisladores por el tema y su empeño en resolverlo (55). Un examen de esta legislación nos descubre que tales incitaciones al poder judicial se repiten en el Reglamento de 1.844.

Hasta ese momento, y aún posteriormente, se producen asimismo indirectas tendentes a evitar todas las libertades que se tomaban habitualmente los Jueces o Magistrados, y que comportaban una distracción de sus cometidos fundamentales. Así los decretos de 1.813, 1.835, 1.836, 1.837, 1.838, 1.841, reglamento de 1.844 -dis

tinto del ya enunciado- 1.846 etc...establecen una severa disciplina sobre ausencias, compatibilidades, posesiones, vacaciones, etc. ... siempre motivadas por el fin de la pronta resolución de los asuntos.

Sin embargo, la solución del problema, en realidad, no estaba en esto como lo prueba la abundancia de medidas, cuya multiplicación descubre su ineficacia.

La razón fundamental de la tardanza de los asuntos civiles - estriba, y así lo ha visto FAIREN, en un análisis exhaustivo de la historia procesal, en que no se arbitra legislativamente un correcto sistema de enjuiciamiento desde el punto de vista de la rapidez. (57).

La tradición española de los plenarios rápidos sufrió por las razones que en su obra se apuntan -y se repiten en innumerables artículos- un oscurecimiento levemente interrumpido por la importante obra de SAINZ DE ANDINO en 1.830, la ley de Enjuiciamiento mercantil, y por el aislado ejemplo de la ley de 1.838 sobre el juicio de menor cuantía, absorbido más tarde y de la peor manera, por las leyes de Enjuiciamiento civil.

La práctica procesal española giró precisamente desde el siglo XIX, y hasta épocas muy recientes alrededor del juicio plenario declarativo de mayor cuantía (58), constituyéndose en centro y modelo significativo de todos los demás modelos de procesos. Hasta -

tal medida llegó la aberración sistemática , que no se puso como - alternativa a este modelo, sino la de los juicios sumarios, con la evidente intención de cerrar la vía de los plenarios rápidos, que asimilados de alguna manera a los sumarios no constituían sino ejemplos en los que falsamente se quería contraponer la rapidez a la - justicia.

La economía procesal era el principio rector de la denostada Instrucción de 1.853 (59), y quizá este acertado propósito cegó - por muchos años en España una auténtica y eficaz acción, en favor de la rapidez procesal.

Tanto es así que aunque, la ley de Bases de 1.855, reconoce que es necesario "adoptar las medidas más rigurosas para que en la sustanciación de los juicios no haya dilaciones que no sean absolutamente necesarias para la defensa de los litigantes y el acierto de los fallos", y que dentro de este espíritu caben perfectamente las indicaciones concretas de CASTRO Y OROZCO, es tan profunda la afición de los forenses españoles a las formalidades, sin caer en la cuenta de la profunda injusticia de esta lacra -véase el comentario del Colegio de Abogados de Madrid, a la citada Instrucción-, (60) que GOMEZ DE LA SERNA en el proyecto articulado no da el paso decisivo hacia la adopción de la verdadera medida contra las dilaciones, y asume el juicio ejecutivo de menor cuantía como una variedad excepcional del que se considera centro de la construcción procesal civil: el pesado, lento formalista, y no por ello más jugo to, juicio de mayor cuantía.

Los legisladores de 1.881 vuelven a subrayar el propósito de desembarazar al proceso de trámites inútiles para lograr la más - pronta y menos dispendiosa administración de justicia y de facilitar y garantizar al litigante honrado el ejercicio de su legítimo derecho. Pero las medidas que se adoptan son secundarias, sin abordar de raíz la auténtica causa de este mal.

Junto a este problema, está el de la baratura de la Justicia, ideal asimismo ampliamente perseguido, al menos en las declaraciones, por los legisladores del XIX. Evidentemente este problema está íntimamente ligado a una selección discreta de trámites y solemnidades.

Precisamente, dado que tal acortamiento era prácticamente im posible en 1.855, y luego en 1.881, se arbitraron medidas, del todo extrínsecas, para conseguir un menor costo de lo que procesalmente parecía que no podría recortarse (a).

A este fin se dirigen las reformas y adiciones introducidas en la ley de 1.855, que se consumaron en que el pensamiento capital que inspiró la reforma de la citada ley, según la ley de Bases de tal reforma de 1.880, era hacer menos dispendiosa las reclamaciones ante los Tribunales de Justicia, por dos medios. El primero era - abreviar la sustanciación y decisión de los juicios civiles (fases 1ª, 2ª y 3ª), que como vemos no llegó a cuajar en una auténtica revolución del sistema procesal civil. En segundo lugar, se procuraba abaratar las tasas de estos largos trámites. Lo extrínseco de la me

dida hizo que pronto quedará en nada, pues la ley del timbre de 1.881 estableció en interés de la Hacienda pública -como es su misión- no sólo encarecer el papel timbrado, sino obligar al timbramiento de todos los documentos de cualquier clase que fueran que se adjuntaran a los autos.

Hay un último esuferzo de 1.892 por abaratar las tarifas, que como es natural muy pronto se vería superado por leyes fiscales de 1.892 y 1.900.

El auténtico remedio a la lentitud procesal, exigido por la justicia no podía venir, ni lo puede hacer quizá tampoco en la actualidad, por medios extrínsecos más o menos voluntaristas, del tipo de los empleados tan abundante como ineficazmente en el siglo -XIX, sino por la implantación de instrumentos procesales técnico-jurídicos de probada eficacia, aunque sean revolucionarios.

La incidencia social de la rapidez en el procedimiento civil forma parte ya de los axiomas de la Teoría general del proceso, y ello nos ha evitado subrayar este aspecto meta-procesal e ideológico como justificación de este análisis.

3.-La inmediación territorial.

Se plantea en este epígrafe una cuestión paralela a la abordada en el primero. Allí vimos que la legalidad sistemática supone hoy un "quid" previo y elemental en su doble y obvio sentido. Allí

señalábamos que la legalidad no sólo era un requisito de la justicia, sino una condición de simple posibilidad de cualquier sistematización normativa que pueda tener éxito. Aquí señalamos que, en el proceso en general, y en el civil en particular, el siglo XIX nos enseña que para que pueda desplegarse con plenitud el llamado principio de inmediación, tan ansiado por la doctrina moderna para la seguridad de la justicia, es necesario asegurar primero, la pura posibilidad física de acceso de los justiciables al Juez.

Esto, que parece una verdad obvia y pacíficamente poseída, - debería ser reconsiderado por quienes en la actualidad pueden poner el remedio a los frecuentísimos abusos derivados de clausulas de sumisión de competencia o de aberrantes, domiciliación es de personas jurídicas precisamente con el fin de impedir lo que desde Cádiz se quiso asegurar a toda costa.

Efectivamente, en la Exposición de motivos de la Constitución de 1.812 se señala que "La Comisión ha mirado como uno de los mayores perjuicios que pueden experimentar los individuos de una nación, el que se les obligue a acudir a largas distancias para obtener justicia en los negocios que les ocurran, así civiles como criminales. Es imponderable la desigualdad que resulta entre las personas poderosas por sus riquezas y valimiento, y las que carecen - de estas ventajas.....".

Con este fin se arbitran varias prevenciones entre las que están: establecer que todas las causas hayan de terminarse en el te-

territorio de cada audiencia; (art. 262) y muy fundamentalmente la división de los Juzgados y Audiencias que se establecen en el territorio de la Monarquía (art. 11 y 272). Se mezclan, en estas y otras consideraciones de la Exposición de motivos, dos temas de gran importancia: el primero correspondiente al establecimiento de las diversas instancias de que luego se hablará; el segundo, el principio de la cercanía posible del Juez o del aparato judicial a los justiciales, Este segundo es el que ahora nos ocupa.

Los constituyentes del 12 conocen la importancia de este medio y son conscientes de las enormes dificultades que ello comporta, - pero en un párrafo lleno de vigor y ánimo se alientan y confirman en su propósito presente y de acción legislativa futura para desarrollar el principio de la proporcionalidad del territorio asignado a cada Audiencia y partidos judiciales, sobre la "conveniente - división del territorio español" (62).

A partir de este momento, se incorpora a la filosofía de la organización de Audiencias y Juzgados esta fundamental finalidad - material, y prueba de ello es la constante revisión de estas demarcaciones, para adecuar este principio a las necesidades de los tiempos (63).

La prevención de la división territorial, como sabemos, no - llega hasta 1.830, pero, en octubre de 1.812, se establece una división provisional, que es completada y modificada en lo necesario, tras la reordenación por provincias en 1.834, y en su Exposición de

motivos se recoge esta primaria necesidad del acercamiento de los centros jurisdiccionales al pueblo.

Tales medidas se completan en 1.834 (subdivisión de las provincias en partidos judiciales), se reiteran en 1.835, y se mantienen, hasta 1.870, con algunas leves modificaciones en 1.867.

La ley orgánica del Poder judicial acoge ya en su art. 14 (64) los principios hasta entonces mantenidos en las Exposiciones de motivos que han de informar la distribución territorial, "atendiendo sola y exclusivamente a la más fácil y expedita administración de la justicia, tomándose al efecto en cuenta la distancia que de ellas haya a la capital de la Audiencia, la dificultad para comparecer en ella los testigos, y de verificarse las pruebas etc...".

Sabia doctrina tradicional que conviene refrescar hoy en día ante los abusos denunciados más arriba y que manifiestan bien a las claras la acertada asunción de esta norma como principio fundamental, de orden técnico-jurídico, a primera vista casi accidental, - pero cuya incidencia social es tan evidente.

4.-Aseguramiento de las pruebas.

La moderna legislación sobre los derechos humanos y el proceso ponen de especial relieve el carácter esencial de la posibilidad para las partes de aportar las pruebas que estimen oportunas para la demostración de sus pretensiones.

La disciplina de la prueba es tan importante, que aunque en la tradición jurídica española anterior al siglo XIX, se había desarrollado con una gran extensión y complejidad, en las dos ocasiones en que las Cortes se preocupan de expresar los principios de un adecuado enjuiciamiento hacen, otras cuestiones, un especial énfasis del aseguramiento de la prueba.

En Cádiz se refiere a este extremo la Exposición de motivos como justificante de las diversas medidas que se integran en la vasta reforma, sobre todo del Poder judicial y del procedimiento criminal, y en especial en la supresión de variadas figuras jurisdiccionales, a las que se achaca como principal lacra, la dificultad en que ponen a las partes para sus probaciones, bien por razones de lejanía física, bien por dificultades de reponer lo erróneamente apreciado, o bien por la carestía del procedimiento (65).

La preocupación existe, pero como vemos, lo que no se llega a hacer es establecer un sistema legal que haga acabar con las prácticas abusivas y sobre todo que ordene todo lo referente a una racionalización de la prueba, introduciendo nuevas categorías y nueva disciplina en torno a las diferentes clases de instrumentos probatorios, a su valoración, a la intervención del Juez en este campo, así como a la posible y regulada intervención de las partes, - tanto de la actora como de la adversaria en su propósito y práctica (66).

Sobre este último punto, de enorme relevancia jurídica, se manifiesta en la ley de bases de la reforma del procedimiento de 1.855

una instrucción de una cierta concreción en el sentido de que se acuerda en el nuevo texto rituario que "la prueba será pública para los litigantes, que tendrán el derecho de presentar contra-interrogatorios" (Base 4^a).

En el nuevo texto se acoge esta innovación sobre la prueba testifical (67).

La restante disciplina sobre prueba no hace sino recoger la experiencia patria contenida sobre todo en el Código de Las Partidas sobre la intervención del Juez en la prueba (declaración de admisibilidad) que se tasa y concreta. Es una innovación de libertad de apreciación de la misma (art. 317). También recoge la doctrina tradicional la posible intervención de la "altera pars" en la práctica de concretas pruebas (68).

En 1.881, se acentúa la limitación de la proposición de prueba a los hechos impugnados (Base 10 y artos. 565 y 566) y la libertad absoluta del juez para la calificación de admisibles.

Existe pues en el siglo XIX una cierta intuición de que la instrumentación de la actividad probatoria en el proceso civil necesita más que de una profunda renovación, la transformación de algunos supuestos extrínsecos (Cádiz) o intrínsecos (1.885), que se llegan a arbitrar, pero sin conferir a este trámite un auténtico nuevo espíritu. Quizá con no demasiado acierto no se trata de cambiar los sistemas, sino fundamentalmente hacer accesibles tales sistemas a las partes.

5.-Posibilidades de rectificación procesal de lo injusto.

En este punto sí se produce una auténtica revolución en el siglo XIX, que constituye ya desde los inicios del siglo un sistema de concentración judicial y que establece un sistema racional de -instancias. Ello culminará en su momento en el recurso de casación. (69).

Este sistema complejo se fundamenta en varios principios, que si bien alguno de ellos -como el de la sumisión al Juez natural- -tiene en la realidad conceptual una justificación en sí mismo, los legisladores del XIX lo asumen dentro de esta global finalidad, por que es ésta la que en la práctica más preocupa, por los abusos y situaciones de indefensión que se producían en la vida jurisdiccional anterior. Entre estos principios se pueden señalar: los de concentración y jerarquía de los órganos jurisdiccionales, la posibilidad de revisión, la separación de los órganos en las diversas instancias etc...Como vemos algunos de ellos son de caracter orgánico, pero -se introducen, no con una finalidad funcional, sino auténticamente sustantiva (70).

La filosofía de este principio se encuentra, como todas las-que venimos exponiendo en estos últimos temas, en la Exposición de motivos de la Constitución de Cádiz, a la que con una cierta asidui-dad se refieren los legisladores, en épocas posteriores de la historia legislativa, para justificar sus medidas, incluso las propiamente renovadoras de la disciplina introducida en 1.812. (71).

Los supuestos justificativos del nuevo orden se exponen contando una serie de hechos que hacen muy insegura hasta ese momento (1812) la vía jurisdiccional:

1ª.-La existencia de tribunales y jueces perpetuos, sin posibilidad de acceso a instancias diversas.

2ª.-La existencia de fueros privilegiados.

3ª.-La desintegración de los órganos propiamente jurisdiccionales, sin centro significativo jerárquico y de referencia doctrinal.

4ª.-La existencia de los casos de corte, necesarios en momentos históricos concretos, pero generadores de una auténtica situación de desigualdad y privilegios (72).

Un cuadro de estas características había de ser ordenado de forma radical, y los instrumentos que se establecen para la racionalización del sistema son los siguientes:

a) La atribución exclusiva y excluyente a favor de los Tribunales de todas las funciones jurisdiccionales, sin que quepa por ningún otro poder la asunción ni la avocación a sí de causas no iniciadas, pendientes, o ya fenecidas, con el propósito de abrirlas. (Dos cortos artículos de la Constitución, convierten en ley fundamental los principios de jurisdicción, separación de poderes, cosa juzgada, etc.)(art. 242 y 243).

b) La existencia, anterior a la iniciación de cualquier causa, de juez o Tribunal competente por determinación previa de la ley - (Principio de preconstitución del Juez) (art. 247).

c) Establecimiento de un Tribunal Supremo de Justicia, con - funciones jerárquicas, disciplinarias, jurisdiccionales sobre autoridades de la Nación, y de unificación de criterios interpretativos, a través del recurso de nulidad y de la proposición de medidas concretas a las Cortes (art. 259 y 261).

d) Establecimiento de una autoridad jurisdiccional intermedia, y en casos final, con atribuciones revisoras, disciplinarias y jerarquicas: Las Audiencias (art. 263).

e) Establecimiento de un escalón inferior jurisdiccional ordinario: jueces letrados por un lado y alcaldes jurisdiccionales por ofro (art. 273 y 275).

f) Establecimiento de un máximo de tres instancias, con las condiciones que hagan justa la instancia superior, por la no participación personal de jueces que conocieran del asunto en instancia anterior, y número de personas que han de conocer en la superior - (art. 285).

Este sistema, que se establece en el título V goza, sobre todo en la primera mitad del siglo XIX, de una gran autoridad, y a - tal título, señalando expresamente su vigencia, se refiere gran - parte de la legislación de este período (74), mientras que en el - siguiente se refiere a él como concreción de la filosofía procesal del régimen liberal, incluso para justificar las reformas que se van introduciendo por necesidad de los tiempos.

Esta disciplina, absolutamente revolucionaria, se mantiene, completa y concreta en los casos no previstos con anterioridad en varias oleadas legislativas, tanto procesales como orgánicas, en 1.822, 1.835, 1.844, 1.855 y 1.870-1.881. En todo caso, las disposiciones que se establecen mantienen el mismo esquema previsto en Cádiz, que resulta por ello de una enorme influencia en todo el siglo (74).

Las medidas más renovadoras, pero siempre dentro de esta intención general, se contienen en la tantas veces referida ley de Ejes de 1.855, que reduce a dos las instancias posibles en los asuntos civiles (Base 6ª) y que introduce un nuevo matiz en el recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo, que es su interposición más simplificada y la misión de unificar los criterios jurisprudenciales en todos los Tribunales. (Base 7ª).

La ley de Enjuiciamiento de 1.855 completa el edificio de la revisión jurisdiccional española admitiendo el recurso de casación de tipo francés, al que paulatinamente, sobre todo desde 1.838, se habían ido abriendo la práctica y las necesidades jurídicas españolas. (75).

6.-Otros principios: Especial referencia al de publicidad.

Existen otras muchas exigencias de la dignidad y la libertad de la persona humana que han de tener su concreción en el proceso civil, algunos de los cuales han sido aludidos en los números anteriores; y cuyo enunciado puede constatarse en los abundantes textos

de derechos jurisdiccionales de los Pactos de derechos humanos o textos constitucionales de más reciente fecha: igualdad de las partes, defensa técnica, publicidad, irrenunciabilidad de la vía jurisdiccional, supuestos de audiencia previa, exigencias de los procesos sumarios, sistemas de plazos procesales, etc. Constituyen el tesoro de valores tecnico-jurídicos a que debe prestar atención la reflexión sobre el derecho (76).

No pretendemos negarlos, ni ignorarlos. Lo que creemos justificado es en no analizarlos concretamente en un trabajo de las características que nos hemos propuesto. La tesis que defendemos ha quedado suficientemente insinuada en su argumentación, y probada, en lo que parece necesario, en el orden civil y su renovación en el siglo XIX español. Elementos tradicionales en nuestro proceso civil - histórico habrían ido recogiendo otras muchas exigencias de la justicia, a las que no nos podemos referir ahora por ascética sistemática.

De acuerdo con FAIREN (77) es necesario poner de relieve la - incidencia de la publicidad -como valor político- en el proceso civil. Efectivamente la mayor incidencia de este principio se produce en el penal.

Las Constituciones españolas, acordes con otras extranjeras - (78), y según se ha examinado, tutelan la publicidad del proceso penal.

La publicidad en el civil tiene dos aspectos:

a) para las partes, considerado casi generalmente en nuestra tradición.

b) respecto de terceros.

El principio de publicidad para las partes se limita en 1.855 a la prueba testifical como se ha visto. Por otro lado el art. 41 - no imponía la publicidad general en materia probatoria (79).

Es en 1.880, cuando se determina por el Poder legislativo (B~~a~~ se 6^a) la "publicidad e intervención de los litigantes" en "toda la práctica de la prueba.

Este régimen se completa en otras normas sobre publicidad respecto de terceros en prueba, vistas y sentencias, entre las que sobresalen, por su relevancia, las del Tribunal Supremo (80).

C.-Los principios de la reforma del proceso penal.(81).

La doctrina distingue en torno a los principios informadores del proceso penal en su relación con los derechos humanos dos aspectos fundamentales: garantías correspondientes a las medidas cautelares, y principios propiamente informadores del proceso.

Esta distinción, a parte de su congruencia científica y sistemática, constituye un excelente instrumento de análisis del progresivo avance del proceso penal en el siglo XIX, y con arreglo a ella se puede estudiar con orden esta evolución.

1.-Las medidas cautelares. O garantías específicas frente a proceso.

Cuando los legisladores liberales del XIX se enfrentan con las arbitrariedades y abusos que se cometen sobre las personas, con ocasión de su enjuiciamiento criminal, lo primero que denuncian, siguiendo en esto un ejemplo inspirado en la Revolución francesa, es precisamente la casi total ignorancia de los derechos debidos a la dignidad de la persona precisamente en las medidas cautelares (82). No quiere decir esto, como veremos seguidamente, que otras cuestiones del proceso posterior no vayan a ser objeto de su examen y renovación. Pero es en este campo donde sobre todo la arbitrariedad del poder ejecutivo había encontrado en épocas anteriores la ocasión de vulnerar la dignidad de las personas. La experiencia de la época absolutista o cuasi-absolutista en el siglo XIX pondrán de relieve lo acertado de tales consideraciones (83).

Las medidas cautelares en el proceso penal están íntimamente ligadas a la seguridad e inviolabilidad de las personas. En su apartado correspondiente hemos indicado y analizado por extenso, la consagración constitucional y ordinaria de los derechos debidos a las personas en tales casos, y la necesaria actuación de la autoridad judicial en tales supuestos, a la que en ambos tipos de preceptos se señalan limitaciones, obligaciones y exigencias concretas y dirigidas al fin pretendido.

Hemos hablado de las detenciones, puesta a disposición del órgano judicial, prisión provisional o definitiva, registro domiciliario

o de papeles, intervención de la correspondencia, respeto a la residencia, etc....

Al análisis realizado en aquella ocasión nos remitimos, reiterrando que estos preceptos desde Cádiz -que en algunos casos reconocce su presencia en la legislación tradicional española- forman parte de los supuestos básicos, reiteradamente expuestos de nuestra legislación del siglo XIX (84).

Realizadas las medidas a cutelares oportunas, se despliega el pleno efecto de las actuaciones jurisdiccionales para la determinación del delito, de sus autores, y demás necesarias circunstancias que sirvan para enjuiciar y decidir lo procedente (85).

Pues bien, es en este campo, en el que los conceptos más congruentes con la dignidad y la libertad de las personas no se formularon de una vez para todas en este siglo. Desde 1.812 hasta 1.882, fecha de la ley de Enjuiciamiento criminal se produce una progresiva evolución, que iba a culminar en el texto citado, cuyo autor ALONSO MARTINES es por tantas cosas meritísimo en la Historia del Derecho español. La Exposición de motivo de esa ley nos servirá de hilo conductor de nuestras consideraciones junto con la no menos lúcida de la Constitución de Cádiz.

De acuerdo con ambos textos, e integrándolos con normas y declaraciones programáticas de todo el período, podemos delimitar los puntos que constituyeron elementos de reflexión para la reforma del

proceso, siguiendo en su exposición un criterio cronológico en la - sucesiva aparición de tales reflexiones.

2.-Principios comunes a los expuestos en el civil.

a) Rapidez.

La preocupación por las dilaciones producidas en la vida foren se española se puso de manifiesto en todos los propósitos de reforma del proceso civil. Pero, si en aquél esta corruptela tenía importan cia, en el proceso penal las consecuencias eran de una indudable - trascendencia, a veces irreparable.

La Constitución de Cádiz señala la especial relevancia del re traso de los asuntos criminales como uno de los mayores peligros - que encierra esta jurisdicción (86). Pero resulta sorprendente que leamos en la Exposición de motivos de la ley de 1.882, las graves - denuncias de ALONSO MARTINEZ aunque habla de sumarios de ocho o más años, dándose el caso frecuente de que durarán más de dos, y a ve ces y, no las menos, terminando con una absolución total, después - de haber cumplido en el iterregno de la actuación judicial un perío do no pequeño de prisión preventiva.

Esto significa que todos los esfuerzos, de los que en cuanto a su carácter exhortatorio o indirecto hemos hecho ya mención, no - sirvieron en realidad a lo largo del siglo para atajar este mal. Ni 1.812, ni el Reglamento de 1.835 ni otras disposiciones posteriores, como se reconoce en el texto denunciatorio, sirvieron gran cosa para terminar con un problema, que -al igual que en el proceso civil- no

podía solucionarse sino con el establecimiento de medidas instrumentales directas, auténticamente renovadoras del proceso (Cfr. la intuición de CALATRAVA, en, 1.821: nota 92, del cap. III).

Lo que las leyes de enjuiciamiento de 1.820 contenidas en el Código Penal) o las 1.850 o 1.872 (provisionales para la aplicación de los correspondientes Códigos Penales) no acertaron tampoco a resolver lo afrontó con claridad la ley de 1.882, estableciendo entre otras estas medidas:

- a) la sustitución de los dos grados de jurisdicción por una - instancia única.
- b) La oralidad del juicio.
- c) La separación de lo civil y lo penal en cuanto al Tribunal sentenciador.
- d) Igual separación en cuanto a Jueces en localidades populosas.
- e) Normas concretas en las sucesivas fases del proceso para - que los jueces se cifran a lo útil y esencial.
- f) La importantísima medida, de tantas consecuencias también en otros puntos, de la sustitución del principio inquisitivo por el acusatorio, con la consiguiente posibilidad de que el acusado impulse por los medios que se le conceden la continuación del proceso.
- g) El establecimiento de los procedimientos especiales y sumarios para determinados delitos "in fraganti", de injuria, calumnia o cometidos por la Imprenta (87).

El problema, sin embargo, de la celeridad en la tramitación de

los asuntos adquirió a finales de siglo una especial y peligrosa de viación. El instrumento de la rapidez es equívoco: por un lado sirve para que los presuntos reos no vean prolongarse indefinidamente una situación provisional; pero por otro lado, ha sido también utilizado siempre por, el poder para castigar "ejemplarmente" y con un rigor desproporcionado determinadas conductas.

Se produce aquí una vez más lo denunciado por FAIREN, en el pro ceso civil; la confusión de lo sumario con lo rápido. Cualquier re pertorio de legislación nos advierte de la inclinación creciente en los momentos de conflictos de orden interno una proliferación de sis temas sumarios de enjuiciamiento, que en aquella época se justifica ron por los argumentos esgrimidos a favor del libro IV de la ley.

El remedio no estaba ahí, y cuantas veces se reproduce esa si tuación hemos de volver a las palabras de ALONSO MARTINEZ: la rap idez atiende o debe atender primordialmente a sustituir la mar cha pe rezosa y lenta de un procedimiento por un sistema que asegure la ce leridad para la realización de dos inseparables fines: "uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto, ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdader delincuente; y otro, que la pena siga de cerca a la culpa para su debida efi cacia y ejemplaridad." (Cfr. nota anterior) Solo con estos requisitos se justifica la rapidez del proceso penal, sin consentir extra polaciones de principios atribuibles sólo a la especial cualidad de los sumarios civiles. Los procedimientos penales de este tipo deben

ser en su medida fundamental "plenarios" en cuanto a la primera exigencia señalada, sean cuales fueren las circunstancias, y sólo sumarios en la segunda.

b) Inmediación territorial y posibilidad de revisión.

La organización territorial de los Juzgados y tribunales expuesta anteriormente como un medio arbitrado en 1.812, mantenido y reforzado después, se revista también de un importante matiz en el caso del enjuiciamiento penal y es la necesidad de que la cercanía física del juez sea el supuesto necesario del principio jurídico de la inmediación en sentido pleno.

Pero es en el otro punto, el de la posibilidad de la revisión, en el que la evolución del proceso penal desde Cádiz se produce con una mayor intensidad, con ocasión de la aprobación de la ley de 1.882.

Desde 1.812, en las causas criminales se estableció que las audiencias sólo conocieran en segunda o tercera instancia. La ley de 1.881 va a establecer dos momentos procesales, perfectamente definidos: el de la instrucción sumaria, y el auténtico y plenario juicio (art. 299 y 649). El primero ante el Juez, el segundo ante la correspondiente Audiencia. La finalidad de esta organización está íntimamente vinculada a las garantías de publicidad, que de este modo se fortalece por los medios técnicos adecuados y a la reforma de la costumbre de dar escaso o nulo valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales, practicadas por lo demás a espaldas del inculpado. Con ello

se hace posible una auténtica contienda jurídica, la igualdad de las partes en el proceso, la evitación de la predeterminación por las - primeras impresiones, realizadas sin estas garantías (87).

Precisamente este punto había sido denunciado ya en Cádiz, de un modo expreso. La dificultad de arbitrar un medio legal que lo de sarrollase estribó en que no se concibió un sistema técnico que possibilitase las condiciones necesarias para su aplicación. El principio doctrinal estaba claro, los peligros de su desconocimiento eran evidentes, pero como siempre sólo era posible la realización de este ideal por medio de una medida técnica adecuada. A esta sólo llega ALONSO MARTINEZ y su capacidad jurídica y política, de analizador - certero de las legislaciones comparadas.

Con ello se abre además la plenitud del sistema de casación, ya introducido en España en 1.870, para paliar la terrible desigualdad producida hasta la fecha. No sería aventurado suponer que la - tardanza en el establecimiento de esta revisión extraordinaria -ya conocida en el ámbito civil- fué producto de la manipulación política de un principio ampliamente admitido en la doctrina, pero enormemente peligroso para las mentalidades estatistas del momento. Efectivamente, desde el comienzo de su racionalización legal el proceso penal se concibe como una lucha entre particular y Estado, sobre todo, dado el carácter inquisitivo de su articulación. La mitificación estatista produce un reflejo de autodefensa, en modo alguno justificada, que tiene que romper una ideología contraria a aquélla mitificadora (89).

Si la reforma del proceso hubiera llegado antes, en la línea de 1.882, el carácter acusatorio del mismo, que le confiere un cierto matiz contencioso, hubiera facilitado la introducción de ese recurso extraordinario. Es por ello por lo que decimos, que con esta ley, el recurso de casación encuentra su consagración y confirmación definitiva.

3.-El principio acusatorio.

Hemos de reconocer que es tan global esta innovación en la ley de 1.882, que marca un auténtico hito en el Derecho español, como - hemos tenido necesidad de señalar más arriba. En realidad, no se puede hacer historia de este proceso sin referirnos continuamente a él cualquiera que sea la materia particular de que se trate.

El principio inquisitivo cuyo carácter tan bien cuadraba, con el espíritu estatista del absolutismo, o de los principios paternalistas propios de la ideología moderada, se había mantenido en España mucho después de las sucesivas revoluciones liberales y democráticas.

La legislación formulada por los constituyentes de Cádiz, y, a su ejemplo, las reformas inspiradas en el auténtico espíritu liberal trataron de limitar los excesos de este sistema a base de establecer una interminable serie de preceptos y admoniciones a los Jueces y Tribunales ordenando y sometiendo su trabajo inquisitivo, con el fin de paliar los excesos. Así, resultan especialmente interesantes las disposiciones sobre plazos del Decreto de 1.811 sobre causas criminales, o el Reglamento de 1.835, o la Ley provisional de -

1.850. Incluso los propios preceptos sobre garantías de las medidas cautelares o las disposiciones sobre la publicidad y comunicación al procesado tenían esta finalidad.

Las leyes de 1.870 y 1.872 se inspiraron, como reconoce ALONSO MARTINEZ, en las ideas de libertad proclamadas, al parecer de una - manera definitiva en España, en la revolución de 1.868 (90). Tales leyes tuvieron el mérito de reformar profundamente nuestro sistema de enjuiciar mediante el establecimiento del juicio oral y público; pero mantuvieron aún el principio inquisitivo y el carácter secreto del procedimiento en el período de instrucción, siguiendo el ejemplo de Francia, Bélgica y otras naciones de continente europeo.

A partir de 1.881, la reforma lleva -aunque no totalmente, co- mo se reconoce en la misma ley-(91) el principio acusatorio hasta - el mismo sumario. La novedad fundamental se conecta con las garan- tías jurídicas del procesado, el cual podrá; por un lado, nombrar - defensor, y contar con la asistencia experta que le dirija desde el auto de procesamiento; (art. 118) por otro, se le facultará para - estar presente, ya asistido de Letrado a la práctica de todas las - pruebas que se acuerden para el esclarecimiento de los hechos (art. 302). En este sentido, se integra y toma su valor la creación de los dos escalones en el proceso, el sumario y el plenario, y aquel pro- pósito ya indicado de una actuación concebida como contienda jurídi- ca, de la que ya hemos hablado.

Este principio que es la clave de la bóveda de la reforma se completa con los de publicidad y de límites judiciales en aras de -

una cierta dispositividad, que junto con los de libertad de apreciación de la prueba conforman las innovaciones en la práctica de la ley de 1.882.

4.-Principio de publicidad. (92).

Tal término -"publicidad"- tiene dos sentidos: que las principales actuaciones enjuiciadoras, pruebas y vista se realicen "coram populo", y que las partes tengan acceso a todo lo actuado en los autos.

El primer aspecto fué especialmente tratado en las leyes de 1.870 y 1.872, a que hemos hecho referencia, aunque como hemos visto las Constituciones de 1.812 y posteriores sin excepción contienen este principio. Ya desde el primer momento aparece que no se cumplirá este mandato legislativo sino de acuerdo con lo que las leyes de entonces señalaban y autorizaban para que fuera público. Se trata de un principio sin efectividad práctica, como se ve en su discusión excepto las listas públicas de las causas.

La situación permanece inalterable, como decimos hasta 1.870, en que se incorpora este principio de honda raigambre política, y que conectado con el derecho de acción popular introduce de manera definitiva, lo que llamaba ALONSO MARTINEZ "el interés de los habitantes del territorio" en esta función específica de la jurisdicción.

Hay otro aspecto, que se ha señalado, y que para algunos encaja mejor bajo el título de bilateralidad (93). Adoptamos sin embargo

esta denominación puesto que en el curso del siglo XIX este conjunto de medidas se oponen al carácter de secreto de las actuaciones procesales, y se denominan precisamente con este nombre.

Como indicaba la Exposición de motivos, la auténtica lucha por la humanización del proceso se centra en que, primero la información, y luego la activa participación sean un derecho del procesado.

En Cádiz y disposiciones concordantes, (Cfr. nota 86), la ley asegura que ha de informársele al presunto reo, no sólo de la concreta acusación que se le imputa, sino incluso de los nombres, declaraciones y circunstancias de los testigos. Este principio se mantiene, a pesar del retraso en la intervención que se otorga a la parte en la sustanciación del proceso (94).

La ley de 1.881, cuya orientación fundamental ya conocemos, estima, sin embargo que debe subsistir en alguna medida aún el secreto del sumario (art. 301 y 302) por cuanto que es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, recoger e inventariar datos que basten para comprobar su existencia, y que luego "han de depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público".

Esta conservación, admite, podrán ser del agrado de "ciertas escuelas radicales que intentan extender al sumario, desde el momento mismo que se inicia, las reglas de la publicidad." La argumentación en contra de estos "ideales" -según el texto- es de una enorme

fuerza expresiva, por la belleza de sus palabras y por el acerto en recoger el espíritu de la época, que sale del estatismo riguroso, - pero que aún conserva un cuidadoso afán por preservar a la sociedad del crimen. Dice: "Es difícil establecer la igualdad absoluta de con condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mis mo del procedimiento por la desigualdad real que en momento tan crí tico existe entre uno y otro; desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de la que sólo este es responsable. Desde que sur ge en su mente la idea del delito, o por lo menos, desde que, perver tida su mente forma el propósito deliberado de cometerle, estudia - cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción - de la Justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para restablecer, pues, la igualdad en las condiciones de la lucha...menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de culpabilidad de su autor" (95).

La publicidad, una vez se ha asegurado estos extremos, podrá -y subrayamos la palabra, pues aunque la Exposición de motivos dice "deberá", el tono es de deber moral- determinar que se comuniquen los autos al procesado: La pragmática mentalidad del redactor establece inmediatamente un plazo -recordemos el mandato en la legisla ción de Cádiz de dos meses desde que se inició la causa dentro del, cual la Ley otorga al acusado el derecho de solicitarlo.

5.-Matices dispositivos del proceso.

La introducción del principio acusatorio en la ley de 1.881 -

viene unida, aunque ello no sea de absoluta esencia, a unos ciertos matices dispositivos. Tal ley concibe como congruente con este principio la imposición al Tribunal de una actitud que se mantenga serena y elevada. A esta actitud corresponde la de no sujetarse a una prueba tasada. Pero también el quedar en cierta manera a la expectativa de lo que en el momento procesal oportuno aleguen el Ministerio fiscal o los acusadores particulares, no sólo en cuanto apreciación de las pruebas, respecto de las que cabe una cierta intervención del Tribunal o a la determinación de que deba practicarse alguna, adicional; sino sobre todo y fundamentalmente sobre el objeto propio de la inculcación. A estos acusadores e a los que según la ley compete determinar los puntos sobre los que deben girar los debates.

Con ello, se garantiza por un lado la absoluta imparcialidad del Tribunal, y por otro los fueros de la seguridad jurídica, la conciencia, los derechos individuales.

La tentación de la exageración de este principio es evidente, abolido el sistema de la "absolución de instancia" es posible que el error de la calificación del hecho por el Fiscal o los acusadores "suponga la impunidad del denunciante". A estos extremos llegaría la exageración del sistema acusatorio por su introducción en él de datos dispositivos.

Para remediar esta posible exageración -que arguye en favor- de la presencia de estos elementos- la ley arbitra el conocido sistema del art. 733, por el que el Presidente del Tribunal puede invi

tar a la consideración de los acusadores una nueva tesis, que, por virtud de la estructura del proceso, debe ser nuevamente discutida, pero con arreglo a las pruebas practicadas, sin que qupa abrir nuevo juicio, ni prorrogarse éste.

A tal extremo se lleva la ley el respeto a la dignidad del presunto reo (96).

b) Principio de contradicción.

La audiencia del acusado es en el enjuiciamiento moderno otro de los dogmas. Sin embargo su aparición se debe sin duda al siglo - XIX.

Desde la reglamentación de 1.811 a la ley de 1.881, se ha producido una evolución muy lenta pero que ha ido tratando de asegurar este principio.

El juicio en rebeldía (con su cercano parentesco con el de contumacia canónica) era una de las posibilidades de la antigua legislación .

Aún subsiste la posibilidad de juicio de estas características en el Reglamento de 1.811. En 1.840, Proyecto GARCIA GALLARDO, se prevé el enjuiciamiento pleno en rebeldía, pero se arbitra el remedio de la publicación oficial y la posible reforma de la sentencia si el condenado vuelve antes del año. La rebeldía se contempla también en el Proyecto SEIJAS (1841), en las bases de Enjuiciamiento de

1.847- que suprime el requisito del año para la revisión.

En 1.882 desaparece por completo esta figura, produciendo la rebeldía del acusado la inmediata suspensión de los autos (97).

7.-Principio de libertad de apreciación de la prueba.

En el período histórico que analizamos se ha producido otra - importante revolución que completa y asegura la justa aplicación del tan citado principio acusatorio y es la de la libre apreciación de la prueba (98).

Se presupone que la parte más fundamental en el juicio criminal es la comprobación del hecho tal y como se ha ejecutado, y de - las circunstancias que caracterizan el delito y el grado de crimi nidad de los autores, cómplices y encubridores.

Como supuesto de ello, se van a ir arbitrando a lo largo del - siglo (el proyecto de 1.834 es muy explícito a este respecto) una - serie de medidas legales de tipo técnico con una preocupación ya subra yada de que se realicen con toda rapidez la recogida de datos y ves tigos de la comisión de los delitos (99).

Así se previene que debe comprobarse el cuerpo del delito, con servándolo si fuere posible hasta el juicio oral, así como las armas, instrumentos o efectos de todas clases que puedan tener relación con el delito, con una descripción minuciosa de sus circunstancias.

De esta manera rápida y a la vez circunstanciada, quiere la ley que se aprovechen los primeros momentos para examinar a los testigos presenciales o conocedores de los hechos, con una serie de medidas, incluso la de incomunicación, declaración de personas sospechosas, confesión, aseguramiento de planos, diseños, análisis, etc, reconocimientos en rueda o careos (100).

Esta minuciosidad que se ha ido acumulando a lo largo de la evolución legal de todo el siglo, va a culminar en la actual ley, - que tratará de la conservación de las pruebas de la mejor manera posible, con arreglo a tres finalidades:

1) Que éstas se mantengan con inmediación física hasta el que hemos llamado segundo escalón o juicio oral, contra la antigua práctica de la autonomización de cada prueba, cuyos resultados se iban apreciando uno después de otro, sin acumular su posible análisis, - una vez conservados, en el segundo período, en el que como sabemos se considera que debe llegar intacto todo lo actuado, sin predeterminaciones jurídicas, para una más eficaz consideración contradictoria, y una más segura igualdad de las partes (Cap. III, Tit. III, libro III, arts. 688 y ss).

2) Que éstas lleguen de modo que el Tribunal sentenciador pueda enfrentarse con ellas de modo global y completo, sin los prejuicios psicológicos que puede acarrear su práctica sucesiva, y con la seguridad de que la participación de las partes en la proposición de las mismas facilite un enjuiciamiento imparcial (art. 622).

3) Que las pruebas se refieran precisamente a los objetos penales manifestados en la calificación contradictoria, de modo que, asegurada en lo posible la prevención de la impunidad, se den garantías de que un indiscreto procedimiento no alcanzará a envolver en el proceso y comprometer en su resultado a personas que sean inocentes y que no tengan por qué temer de la justicia (art. 683)

Preparado así el problema, por los que en varias ocasiones hemos visto preocuparse de manera intensa a la ley, buscando la perfección técnica, como supuesto de garantía de la justicia de las decisiones, sin molestias innecesarias para las personas, se fué planteando a lo largo del siglo la cuestión de la apreciación de la prueba.

Sobre este punto existieron las siguientes disciplinas:

a) Primer sistema: taxativo de la prueba. Es el sistema vigente hasta 1.850 con plena vigencia de la ley de Partidas. Se gradúan los diferentes tipos probatorios, e incluso se establece una cuantificación de alguna de ellas, por ejemplo la de testigos. Este sistema tiene por finalidad la evitación de la pura arbitrariedad en la consideración de la pena, y la condena "por pruebas claras como la luz del día en que no venga ninguna duda" (101).

La rudeza del sistema es indudable y en manos de curiales expertos se convierte en muchas ocasiones en conjuntos de verdades formales encubridoras hábiles de mentiras, sin que el Juez pueda hacer otra cosa que cerrar los ojos ante sus propias convicciones.

b) Segundo sistema: Regla 45 de la ley de 1.850. Se trata de paliar estos excesos, y nuevamente con procedimientos exhortatorios y cláusulas apelativas a la crítica racional y a la evidencia moral, sin modificar el sistema global de proposición, práctica y apreciación de la prueba. El resultado fué un galimatías semántico, y una auténtica confirmación del sistema de la ley de Partidas (102).

c) Tercer sistema: Art. 12 de la Ley de 1.870 cuya filiación democrática ya conocemos, quisó poner correctivo a los inconvenientes ya expuestos, por medio de un sistema, que se aparta del arbitraje en el año 1.850, y que incorpora criterios técnicos, estableciendo, según su propia declaración de propósitos, un sistema intermedio en el que después de señalar las pruebas que pueden ser utilizables. determinan que deberían ser apreciadas con reglas de criterio racional, y a continuación señala algunas de tales reglas (se exponen tres) según las cuales puede deducirse la prueba por indicios (103). Junto a esta innovación, resulta de una indudable trascendencia la aparición del juicio oral y público, para la correcta aplicación de estos principios, puesto que esta publicidad puede sin duda prevenir los riesgos de la arbitrariedad consciente o inconsciente de los Jueces.

d) Cuarto sistema: Libre criterio judicial. Los artículos 658 de la ley de 1.872 y 741 de la de 1.881, llevan al máximo el criterio de la libre apreciación de las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y lo manifestado por los acusados (104).

La justificación de este sistema no se formula en la Exposición

de motivos de ALONSO MARTINEZ, sino integrada en el conjunto de medidas técnicas que supone la aplicación de un nuevo y totalizador - sistema enjuiciativo penal. Lo que sí queda muy claro es el propósito firme de que por medio de un instrumento técnico se haga mejor la justicia, y se protejan con mayor intensidad las garantías de todas las personas.

8.-Los supuestos de reforma en cuanto a las penas.

Al igual que sucedía con las medidas cautelares, el espíritu - liberal se enfrentó con una mayor fuerza a las cuestiones referentes a la pena: determinación, imposición y cumplimiento, que a las propias del enjuiciamiento material, con ser éstas tan importantes, según se acaba de señalar.

La experiencia era en este respecto muy descorazonadora. Un reo sabía en el antiguo régimen que podía peligrar su seguridad y dignidad en momentos anteriores al juicio (medidas cautelares), pero a lo que en realidad temía de modo desproporcionado a lo correspondiente a la maldad de su acción, era al período penitenciario. La acumulación de normas sobre atenciones penitenciarias, control y limitación de las conductas de los responsables de los establecimientos, y responsabilidad de los jueces (siempre la mitología jurídica) en estas materias se sucede sin interrupción en el siglo XIX (105).

Junto con las medidas para la suavización de las penas, se produce una progresiva recepción de las más modernas doctrinas sobre la filosofía de éstas, concibiéndolas ya no sólo con un carácter pu

nitivo, sino también rehabilitador. Estudiaremos pues, esta materia dividida en tres puntos: principio de legalidad, tipos de penas admitidas y filosofía sobre las mismas.

a) Principio de legalidad.

El principio de legalidad en el derecho penal tiene dos vertientes: una referida al tipo penal y otra al castigo. La Constitución de 1.812 introduce este principio -que no es en esencia ajeno - al derecho histórico- y su explícita mención se va a mantener en las restantes constituciones, pero completada su declaración -como norma perfecta- por medio de un derecho a la jurisdicción por, los particulares en caso de que sea desconocido.

Como hemos visto, este principio de expresa legalidad referido a las penas, aunque sea bajo supuestos de estado excepcional decretado por el Gobierno, se contiene explícitamente en la Constitución de 1.869 y 1.876 (además de la federal), en que se hace mención de las actuaciones punitivas de los jefes militares en estos casos. - (106). La legislación ordinaria recoge también este principio estableciendo que su contravención es un delito (así el Código Penal de 1.820, en consonancia con las leyes de infracción de la Constitución de 1.813 y 1.822). Esta disciplina se confirma -quizá de modo no suficientemente eficaz- en el Reglamento de 1.835. Sin embargo, desde los proyectos de Código Penal de 1.826, 1.829 y 1.834, hasta los - textos aprobados de 1.848-1850, y 1.870, se consagra definitivamente en España este principio (107).

b) Determinación de las penas.

La evidente inhumanidad de muchas de las penas, habitualmente practicada de acuerdo con los preceptos históricos españoles, no difería de la práctica penal de otros países. La Ilustración había hecho suyas las teorías de BECCARIA, que no solamente se referían a la estricta legalidad sino también a la humanización de las penas. (108).

Este ideal de humanización, va a ir haciendo evolucionar las penas que se imponen al tiempo que se procura evitar la adición de tratamientos aflictivos a la discreción de los carceleros, que han de cumplir exactamente lo que los jueces determinan, sin posibilidad tampoco de exonerar de ellas por medio de mecanismos no autorizados expresamente por la ley.

La lenta evolución de las penas que pueden decretarse judicialmente se deduce de la simple lectura de los catálogos que se contienen en los textos punitivos generales o específicos. Veamos algunos ejemplos:

a) La Constitución de Cádiz, de 1.812.

Mantiene los habituales de la práctica penal tradicional, y sólo se atreve a modificar este régimen suprimiendo la pena de configcación de bienes, la prisión por deudas, y la trascendencia de la pena a la familia del que la sufre, que ya hemos analizado (109).

b) El Código Penal de 1.820.

Resulta terrible comprobar el atraso doctrinal de este texto en lo que se refiere a este punto, y que ya en su momento, fué objeto de duras críticas por autores españoles y la conocida de BENTHAM.

La discusión de los preceptos correspondientes resulta muy - ilustrativa sobre las encontradas ideologías que se ponen de manifiesto en este punto. Las penas que se discuten son: (art. 28).

-La pena de muerte.

Sobre este punto se levantan voces a favor de la abolición. Se produce una interesante discusión de gran altura doctrinal con aportación de testimonios contrapuestos (BECCARIA, FILANGIERI...) así - como testimonios históricos. Y ya desde este momento se manifiesta como gran razón en favor de su desaparición, la inexistencia de un elemento esencial a toda pena, la de procurar la corrección del reo. Como sabemos esta pena fué aprobada (110).

-Penas de trabajos: trabajos perpetuos con una marca, de obras públicas, de reclusión en una casa de trabajo.

Sobre estas penas, y a pesar de su evidente inhumanidad no se produce impugnación alguna, más que en todo caso a la característica de perpetuidad en la primera de ellas (111).

Penas de traslación de domicilio: deportación, destierro perpetuo y confinamiento o destierro a un lugar determinado.

Se admiten sin discusión, y parece que no repugnan a la conciencia de un modo especial (112).

-Penas del género de las infamantes o coactivas de la conciencia: de vergüenza pública, la de ver ejecutar una sentencia de muerte, la declaración de inafamia o indigno del nombre español, de retracción, de satisfacción, de oír públicamente la sentencia.

Este impresionante catálogo resulta evidentemente contradictorio con las disposiciones constitucionales suprimiendo las penas infamantes. En torno a la de vergüenza pública se plantea por algunos diputados su inconstitucionalidad (ROMERO, ALPUENTE; LOPEZ, ECHEVERRIA,). La inconstitucionalidad no se alude directamente, porque la misma Constitución admite en su art. 24 tales penas, sino en virtud de una filosofía que se juzga vigente y actuante en los casos de la supresión de las penas de horca, azotes públicos y flagelación privada (113). Sin embargo, como veremos, no se ha producido aquí la revolución interior congruente con el espíritu del siglo, y el carácter preventivo general de la pena prima sobre lo demás.

-Penas de reclusión, inhabilitación o pecuniarias.

En su estructura fundamental se mantienen hasta épocas muy recientes, y su discusión en estas Cortes es muy escasa o nula.

c) Los proyectos de 1.826, 1.829 y 1.834.

En estos proyectos se mantienen las siguientes penas:

-Corporales: muerte; argolla, arsenales, minas, deportación y obras públicas: extrañamiento del reino; confinamiento a castillos, fortalezas o isla; destierro y reclusión.

-Civiles: privación o suspensión de empleos o cargos, honores y condecoraciones e inhabilitación para obtenerlos; privación o suspensión de hacer fé en juicios; apercibimiento, represión y retracción judicial.

-Pecuniarias: confiscación -contra la doctrina sentada en Cádiz, nuevamente puesta en vigor en el 37, multas. (114).

d) Códigos de 1.850 y 1.870.

Suponen una importante humanización de las penas, que prácticamente adquieren su fisonomía actual: muerte; reducciones perpetuas o temporales; confinamientos, presidios o prisiones mayores o menores; inhabilitaciones o suspensiones. Resulta interesante que se concibían como penas el resarcimiento de las costas procesales o la caución aunque en todo caso se concibían como accesorias. La pena de argolla, residuo aún de las infamantes, se destierra en 1.870 (115).

c) Filosofía de la pena.

Una disciplina normativa tan dura en la práctica debía responder en realidad a una filosofía de la pena, que no es todo lo evolucionada que cabe esperar de la abundante literatura sobre la materia en el siglo XVIII.

Existe, como no podía menos de suceder, un neto abandono de todas las teorías expiacionistas. Desde 1.812 son muy abundantes los textos doctrinales donde se manifiesta claramente esta nueva filosofía, inspirada claramente en la nueva del Contrato Social. Toda la carga teológica y las extrapolaciones de la visión canónica de la -

pena se abandonan, así como el modelo de su imposición al estilo de la doctrina de la confesión religiosa (116).

Se asumen con claridad los principios de la prevención social la corrección del penado y la proporcionalidad, pero no de un modo uniforme, sino paulatino y medurado. Los arquetipos estatistas juegan nuevamente en los legisladores y no les permiten entrar con decisión en una vía auténticamente humanitaria de la pena.

a') Las leyes de 1.812 y de 1.820.

En 1.812 y 1.820, las exposiciones, entre las que resultan paradigmáticas las de CALATRAVA o REY; se dirigen sobre todo a justificar las medidas más radicales en atención a que no es el primer objetivo la llamada prevención especial o escarmiento, sino la prevención general, por eso se admite la pena de muerte (117). De acuerdo con este propósito resulta justificado que las penas pervivan de modo incongruente con la dignidad de las personas que se profesa en estos tiempos. Es más se llega a afirmar que el reo no es en realidad una persona (CALATRAVA) en una afirmación, a la que quizá sea necesario matizar interpretativamente en atención a la carga literaria propia de un discurso parlamentario. Coincidente con ello es el conjunto de medidas denigratorias que acompañan también, p.e., a la aplicación de la pena de muerte. Pero este sentido de defensa de la sociedad llega a extremos tan exagerados como el de conculcar totalmente el sentido de la proporcionalidad de la pena (arts. 31 y 55), no sólo respecto de los tipos penales, que entonces y a lo largo de todo el siglo fueron auténticamente manipulados al servicio del poder

sino en la indiferenciación práctica del castigo en los casos de autoría, o complicidad.

b') Los proyectos del absolutismo.

Si algo puede llamar la atención de estos proyectos es que mantienen en su filosofía general de la pena la misma finalidad que el de 1.820, sin regresos a sistemas ya periclitados, con excepción de la introducción de alguna categoría de castigo propia del antiguo - régimen.

De todos ellos, quizá pueda llamar la atención el de 1.834 en el que se trata de un texto que, como los de 1.826 y 1.829, olvida elementales principios de proporcionalidad en puntos concretos como los escandalosos sobre la aplicación de la pena de muerte para los que tratasen de modificar algún principio de la religión católica, aumentando hasta límites insostenibles la ya dura disciplina de 1.820. (art. 100). Esta desproporcionalidad, que ha sido estudiada en su momento al referirnos a los tipos penales concretos vigentes en la legislación del siglo XIX, contradice, sin embargo, el progresivo - principio que en la teoría de la pena se introduce en el texto del 34, y que es la conveniente atenuación general de la pena para los cómplices de los delitos.

c') El Código de 1.850.

El objeto principal de las penas en este Código es fundamentalmente la conservación y protección de los derechos sociales, y - como corolario de ello la prevención, en primer lugar genérica (sa-

bemos que se mantienen las penas no capitales, pero perpetuas) y en segundo lugar específica del delincuente. Tal es la exposición que realiza GOMEZ DE LA SERNA, cuando trata y jerarquiza convenientemente los principios que llama de ejemplaridad y de corrección (118).

Resulta también muy significativo, que vuelve a producirse - aquí una manipulación del principio de proporcionalidad, no ya material, sino, como en otros casos, de proporcionalidad formal, en aras de la prevención. La ocasión de esta extrapolación no va a ser el - problema de la autoría o la complicidad, sino el de la pena aplicable a los delitos que se suelen cometer juntos. Dice GOMEZ DE LA SERNA: "El mal de la pena en los delitos que se suelen cometer juntos debe ser tan desigual, que el delincuente encuentre motivos en la - ley para detenerse en el más débil." En este mismo sentido resultan muy significativas reglas dadas por este autor para interpretar en general el sentido de la proporcionalidad que confirman esta teoría. Así cuando dice que "no se debe imponer la misma pena a todos los - delincuentes por igual delito, sino que la ley ha de tomar en consideración las circunstancias generales que influyen en la sensibilidad de los individuos"(Cfr. nota 116). Este principio, por aberrante que parezca, sirvió para justificar la inclusión como circunstancia agravante en los Códigos Penales que las colonias de 1.873 las - circunstancias de ser negro, chino, mulato o filipino.

d) El Código de 1.870 (119).

Este Código se formuló en el apogeo pleno de las teorías sobre la pena, de ROEDER y que quisieron introducir en este tema una cier

ta racionalización, y como máximo exponente de ella la auténtica introducción del fin de la corrección en igualdad de medida que el hasta ahora dominante de la prevención general.

En este sentido se adoptaron algunas medidas puramente verbales, como es la de agrupar las penas en aflictivas y correctivas, - utilizando además una terminología que recordaba a las penas expiatorias completamente superadas por la filosofía del Derecho penal - de la época (120). Sin embargo, y al mismo tiempo se trató de que - la organización de las penas correspondiera materialmente a estos - nuevos ideales. No se llegó a la supresión de la pena de muerte, que sin embargo desde 1.854 se había limitado a casos auténticamente proporcionales, y suprimido absolutamente de los delitos de opinión o políticos. Pero sí se establecieron otras renovadoras medidas:

-Se suprimió el principio en virtud del cual "a tantos delitos corresponden tantas penas" por la aplicación como máximo del - duplo de la pena más grave (arts. 88, 89 y 90).

-Se suprimieron las penas perpetuas, puesto que la máxima duración de estas sería de cuarenta años (art. 29).

-Se suprimió, el precepto que declaraba exento de toda pena - al que, desistiendo de la conspiración o proposición para cometer - delito, la revelase a la autoridad pública.

D.-El proceso contencioso-administrativo y las garantías fundamenta-
les.

Sabemos que la jurisdicción contencioso-administrativa nunca fué competente en el siglo XIX sobre cuestiones referentes a todos los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y legalidad ordinaria, por varias razones de fondo que serán examinadas - en su momento; así el restringirse a asuntos patrimoniales sobre bienes o derechos (prop. industrial), sólo relacionados con el derecho fundamental de propiedad -ya sabemos qué extensión convencional concedemos a este derecho- y sus limitaciones en las exacciones, impuestos y expropiación; como también, que los asuntos referentes a otras libertades públicas (reunión, asociación siempre, e imprenta hasta - 1.860) son excluidas, a veces expresamente en sus leyes reguladoras, por considerarse que se trata de actos discrecionales (121).

Pero también es sabido que esta jurisdicción plantea, desde - peculiar aparición, conflictos doctrinales, y durante todo el siglo XIX va a constituir un tema tópico de crítica de los tratadistas de las materias jurídicas.

No es momento ahora de señalar las vicisitudes políticas e ideológicas que contribuyen a configurar lo contencioso-administrativo en España de la manera como resultó en el siglo XIX. Recordamos que en la organización de esta vía jurisdiccional tiene gran incidencia el criterio de los moderados, imbuidos de la importancia doctrinaria de una Administración "fuerte, centralizada, ágil y eficaz", sabiendo que ello supone independencia de un poder judicial, que a veces

se muestra más reaccionario que los propios encarnadores de los principios moderados (en fenómeno paralelo al americano del New Deal) etc ... (122).

A esta luz y teniendo muy presente cuanto se dijo más arriba debemos plantearnos el contencioso-administrativo, (al modo como lo hemos hecho con los otros básicos procedimientos judiciales) y sopesar si sus más característicos principios, aquellos que hacen diferente a esta vía procesal de las otras dos examinadas son congruentes con los valores de justicia, igualdad y respeto a la persona; o si por el contrario, en él se sitúa a la Administración en un lugar privilegiado -no sólo por retener en su mano el ser juez y parte, o la posibilidad de atribuirse discrecionalidades allí donde lo crea oportuno-sino también por establecerse criterios procesales absolutamente desusados y qué suponen inferioridad de condiciones para -los particulares hasta extremos de imposible justificación. Convencidos de su injustificabilidad los tratadistas de la época hacen ostensión de su mala conciencia arguyendo, en favor de los mismos, toda una teoría de grandilocuencias estatistas o a veces revestida de la demagogia teologizante de la Monarquía y la Corona. Pero como ellos descubren el auténtico flanco débil de esta construcción, que incluso describen y enumeran minuciosamente en esos privilegiados principios (123).

Vamos a señalar algunos de ellos, siguiendo no tanto el catálogo de los antiguos, sino los excelentes trabajos de dos administrativistas bien modernos ya citados, SANTAMARIA y MARTIN MATEO.

1.-Aseguramiento de la exención jurisdiccional común.

Si algún punto hemos señalado como de sencial relevancia en la defensa de los derechos fundamentales es que éstos se encuentren protegidos jurisdiccionalmente. El establecimiento de sistemas que faculten legalmente a los que violen o desconozcan derechos de terceros el eludir la acción de los jueces naturales, es contraria a las garantías fundamentales.

Sabemos que existe una anomalía en las cuestiones administrativas en cuanto que la judicialización de aquéllas se mantiene dentro de la propia administración, y que ello ha comportado una difícil pero a veces necesaria desviación de la normalidad procesal en aras de una naciente administración etc, aunque la habituación a estas prácticas produjera su mantenimiento, aún después de acabada su necesidad (124).

Pero lo que no puede tener justificación alguna desde esta perspectiva de lo jurídico, es que la Administración haya tratado a lo largo del siglo XIX de eludir la acción de los tribunales ordinarios cuando éstos pudieran justificar desde la globalidad del sistema jurisdiccional vigente, su intervención que se cegaba por medios legales congruentes con una finalidad egoísta del ejecutivo, pero completamente en desacuerdo con los principios que constituían su fundamento, y que en ningún caso autorizaban a mantener situaciones de privilegio propias del poder del antiguo régimen (125).

Entre estos puntos se encuentran algunos cuya introducción en

el sistema legal español es posterior al año 35, que como veremos - insistentemente a lo largo de este trabajo es una fecha crucial, no sólo para la ordenación jurisdiccional en general, sino especialmente un punto de inflexión en la regulación de este fenómeno contencioso-administrativo:

a) La prohibición de los interdictos. Los actos administrativos, según la filosofía moderada de la administración no pueden ser reformados ni contrariados por medio de interdictos. Tan radical es este elemento de la ideología administrativista que incluso se llega a caracterizar precisamente los actos administrativos por esta especialidad (126).

El principio se expresaba de modo completo diciendo que los actos administrativos no pueden ser anulados ni interpretados sino por la misma Administración, en vía gubernativa -por medio de quejas y recursos ante el superior jerárquico- por la jurisdicción contenciosa y únicamente cuando se haya agotado la vía gubernativa, alegándose que se han vulnerado derechos (127).

La prohibición de los interdictos se instaura en España, nada más iniciarse la vía de la mixtificación de la Revolución del 37, por R.O. de 8 de Mayo de 1.839, dictada con explícita referencia a la Administración local, cuyos reflejos son los correspondientes artículos de las leyes municipales y provinciales subsiguientes, pero - extendida por Jurisprudencia de conflictos dictada, sobre todo, entre los años 1.846 a 1.849, en época negra para la política española,

pero que curiosamente había recibido respaldo del progresista Espartero 1.841 y 1.843 (Cfr. I, B, de este mismo capítulo, notas 17 y - 18).

Las disposiciones a que nos referimos incluían una muy importante limitación a la prohibición del ejercicio de esta medida legal por los particulares contra la Administración: que el acto contra - el que no cabía el interdicto fuera dictado dentro de las competencias de la autoridad. Este extremo tuvo incluso un reflejo en el Código civil (art. 1.560) (128). Era éste un nuevo ejemplo de la preocupación por no dejar sin matización preceptos civiles, que pudieran constituir bases de la construcción de conceptos legales que, manejados por la jurisprudencia, recortaran el área de discrecionalidad administrativa.

La apreciación, sin embargo, de lo que era abuso y lo que era incompetencia, se fué desviando poco a poco en el sentido de no considerar prácticamente ningún caso de pertinencia del interdicto, - puesto que se estimó casi continuamente la existencia del abuso y - no de incompetencia, con lo que no cabía este instrumento legal, si no la pertinente reclamación de orden criminal contra el funcionario (129). Esta situación se mantuvo así hasta finales del XIX, a pesar del amplio movimiento de opinión pública en contra de estas inmunidades procesales del poder.

b) La inembargabilidad del patrimonio de la Administración. - Surge también esta normativa por la legislación sobre Corporaciones

locales de 1.845 (art. 143) y siguientes, se extiende después a los bienes del Estado (ley de Contabilidad, art. 16) y se convierte, en uno de los principios básicos de la Hacienda pública, cuyo origen se debe al siglo que estudiamos (Ley de 20 de febrero de 1.850). Así - ningún Tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución ni dictar providencia de embargo contra las rentas o caudales del Estado. Los que fueren competentes para conocer sobre reclamaciones de créditos a cargo de la Hacienda pública y en favor de particulares, dictarán sus fallos declaratorios del derecho de las partes, y podrán mandar que se cumplan cuando hubieren causado ejecutoria. Pero este cumplimiento tocará exclusivamente a los agentes de la Administración, quienes, con autorización del Gobierno, acordarán y verificarán el pago en forma y dentro de los límites que señalen las leyes de presupuestos y reglas establecidas para las obligaciones del Estado.

c) La autorización previa para procesar a empleados administrativos. Se trata de otro elemento que acompaña a todo este vasto movimiento decimonónico tendente a liberar a la global administración del Estado de posibles límites, incompatibles con la más plena discrecionalidad en su relación con los particulares, y precisamente a base de asumir facultades por las que se puede hurtar a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de determinados comportamientos. Esta materia, que tiene no sólo una significación de limitación procesal, sino también material, en cuanto que constituye un exponente muy significativo de la concepción de la relación entre Administración y particulares, en el amplio campo de la responsabilidad de los funcionarios, será estudiada en el siguiente capítulo.

2.-Los principios específicos del recurso contencioso-administrativo.

Todas estas medidas, junto con otras no específicamente procesales, o sin una significación eminente a este respecto, culminan - en el siglo XIX en el procedimiento contencioso-administrativo como tal.

La aparición de este recurso, "pieza obligada dentro de un proceso mucho más complejo, que exigía la creación de una jurisdicción especial dentro de la administración" se puede fechar en cuanto a su concepción en 1.836, inmediatamente después al esfuerzo liberal, caído pero eficaz, por intentar "mantener un sistema judicialista" que suponía la limitación discrecional de hecho o de derecho de la Administración (130).

Señalamos la fecha de 1.836, porque en ésta, junto con la de 1.839, se producen en España varios movimientos legislativos que suponen un decidido propósito de formalizar este proceso. Se trata de medidas que someten, con exclusividad, al Gobierno la decisión contenciosa de materias como las fiscales, desamortizadoras, etc...y - en algunas otras se indica el propósito de establecer esta jurisdicción.

En 1.845, y de la mano de NARVAEZ, aparece esta jurisdicción, cuyo curso se va a coronar en 1.888 con la ley presentada por SAGASTA (131).

De todos los puntos que, a lo largo del siglo más discusiones

plantearon en cuanto a las cuestiones procesales, vamos a indicar el curso de aquéllos que estimaron que mas se relacionan con las exigencias mínimas de defensa jurisdiccional de los particulares.

La determinación de estos puntos surge del mismo examen de las diferencias normativas establecidas durante este período histórico. Su concreción sin embargo resulta especialmente facilitada, cuando los mismos juristas españoles, en un Congreso celebrado en 1.886, - denuncian la necesaria reforma del sistema vigente hasta entonces, sobre todo en una serie de extremos "que han llegado a producir una verdadera denegación de la justicia" (131), y que se concretan en - los siguientes:

a) Unificación de los términos para incoar el juicio.

La Administración y los particulares no gozaban de igualdad - de trato en lo que se refiere a la interposición de la demanda contenciosa en ninguna de las leyes reguladoras de esta materia desde 1.845. Con carácter general, se puede decir -deduciendo de los diferentes y muy variados regímenes- que los particulares tenían 30 días para demandar ante los Consejos provinciales, mientras que la Administración goza de un año desde la comunicación de la resolución. - (133) En el Consejo de Estado la desigualdad es aún más injusta. - Existe un plazo de seis meses para el particular, mientras que la - Administración no ha de someterse a plazo ninguno. En segunda instancia, el plazo común es de diez días (134).

Como ha señalado GARCIA DE ENTERRIA, la profunda injusticia

del sistema, expuesto insistentemente por la opinión pública, impone un cambio de mentalidad a este respecto en la Administración, la cual admite por primera vez un plazo preclusivo en la ley sobre Hacienda pública de 1.881, con la introducción al tiempo de la declaración de lesividad, cuya extrapolación al procedimiento común contencioso-administrativo produjo tantos contrasentidos, pero facilitó la introducción de una nueva mentalidad respecto de los plazos (135).

Efectivamente, la discusión de la ley de 1.888 contempló un arduo enfrentamiento y muy diversas propuestas de soluciones. Desde la petición del mantenimiento de una cláusula de ilimitación del plazo, a favor de la Administración, hasta la solución que impondría una radical justicia de equiparación de los plazos. La resolución, ampliamente estudiada por la doctrina, se inclinó por un plazo común (tres meses), pero cuyo término "a quo" sería diferente en el caso de los particulares, que en el de la Administración, y en todo caso la caducidad de la acción a iniciar por la Administración se fijó en cuatro años. (art. 7).

- b) Suspensión de la resolución gubernativa contra el que se dirige la demanda, salvo en casos de manifiesto interés público.

Resulta desolador aquí, como en tantos otros puntos de este trabajo, que cuestiones absolutamente incompatibles con las reglas de la justicialidad de los particulares, hayan sido denunciadas hace casi cien años, y todavía constituyan caballos de batalla "de lege ferenda" en nuestros días. Y lo que es más duro, que soluciones apun-

tadas entonces, aún no se hayan incorporado con plenitud a nuestro ordenamiento, a pesar de su indudable racionalidad y justicia.

La legislación contenciosa del siglo XIX, hasta la ley de 1.888, silenciaba por completo este extremo, y la práctica había demostrado la irreparabilidad de determinadas medidas administrativas, que a su importancia, unían la evidente ilegalidad de su adopción. La posición de la común mentalidad jurídica española se manifiesta de forma muy clara en la resolución que en 1.886 adopta el Congreso Jurídico que se enuncia en el encabezamiento (136).

El art. 100 de la ley en su redacción definitiva recoge este sentir, no sin mixtificar una vez más la pureza del principio en favor de una residual facultad atribuida al Gobierno, quien puede oponerse a tal suspensión de modo indirecto pero no por ello menos eficazmente a través del Ministerio fiscal.

El principio es, sin embargo, precisamente el contrario al que se ha formulado legal y jurisprudencialmente en tiempos bien cercanos a nosotros.

c) Fijación de plazos para la remisión del expediente gubernativo.

Es éste uno de los requisitos habitualmente exigidos por la legislación procesal anterior a 1.888. En él se producían, como se pone de manifiesto en las discusiones de la ley, mayores abusos por parte de la Administración, que demoraba indefinidamente la remisión, a los efectos que se puede suponer (137).

Resultan tan habituales y tan reiterados estos retrasos que en el proyecto de ley se establece la posibilidad de un castigo penal y la posibilidad de una indemnización (art. 38).

La redacción definitiva recoge la fijación del plazo, sustituye la alusión a la responsabilidad penal -que no por ello deja existir en el Código Penal por una especial responsabilidad política, y mantiene la atribución al Tribunal de una facultad de imposición de una indemnización por daños y perjuicios, que, si bien no tuvo - jamás aplicación práctica, podía haber supuesto la primera iniciativa legislativa, en orden a la formulación en el Derecho Administrativo español de la responsabilidad civil de la Administración a favor de los particulares (138).

En relación con la actividad preparatoria de la Administración ante la incoación de un procedimiento contencioso, existía desde - 1.846 la prescripción legal, por la que la autoridad contenciosa, - una vez estimada por su parte la congruencia del recurso, remitía - al ministerio, a que correspondiera el negocio, su dictamen con la copia autorizada de la demanda. El Gobierno podía conformarse o no con el dictamen, y por consiguiente, y por Real orden conceder o negar la vía contenciosa, sin ulterior recurso, aunque por la doctrina se hablaba de que la parte pudiera acudir a las Cortes, último - freno del ejecutivo, si consideraba injusta la denegación (arts. 51, 52) (139).

La cuestión previa fué totalmente suprimida por la ley de 1.888 y la posible justificación de tal medida, en sus aspectos positivos

conservada con la admisión de una mayor amplitud de las alegables - excepciones. Su introducción databa de 1.845, pero ahora se amplía su número, aunque en todo caso aparece convenientemente determinado y tasado (140).

D) El depósito previo, y el pago como requisito procesal de la admisibilidad de la acción.

Aunque este principio no se discutió en la indicada resolución del Congreso Jurídico de 1.881, es de trascendental importancia, para conocer la exacta posición de las partes, que configura el procedimiento (141).

Como sabemos, estos requisitos se propusieron en la ley de 1.888, y su exigencia supone una evidente desigualdad para la posición del particular recurrente, y su crítica ha llegado hasta nuestros días.

Concebimos ambos requisitos bajo una misma rúbrica, pues aunque se ha defendido que el segundo -el famoso "solve et repete" - se conecta con el privilegio de la decisión ejecutoria (GALLEGO), estamos con SANTAMARIA que son propiamente, requisitos para la acción, y así los enunciamos. Responden, además, a un mismo criterio, la confianza de la Administración en la justicia de sus decisiones y una presunción de inerrancia que no se justifica por principio material alguno (142).

La aparición histórica del principio no se produce por una de-



cisión esencialista fundada en una concepción autoritaria del Estado, sino en el trienio constitucionalista de 1.820, con la clara conciencia de que se trataba de un principio anticonstitucional, y repudiado por sus admirados doceañistas, pero forzados como salida urgente al caos financiero heredado del sexenio absolutista. La mala conciencia, que tantas contradicciones ha producido en la labor legislativa de los liberales en España, lleva a buscar artificios más peligrosos que la medida que trata de justificarse, como, por ejemplo, la atribución de la competencia de estos conflictos a la Administración, para evitar de alguna manera la citada contradicción formal constitucional de que se condene a una persona a pagar sin haber sido vencido en juicio (143).

En cuanto al depósito, a pesar de sufrir fuertes embates en la discusión, que, en el caso del diputado SANVILA, se adjetiva con el peor apelativo que podía proferirse: "antiliberal y autentica de negación de la justicia", se admitió incluso aumentando su cuantía, sobre el que figuraba en el proyecto.

E) La diligatoriedad del trámite de la prueba.

El recibimiento a prueba, cuya importancia es radical en un procedimiento estrictamente contencioso, forma parte de los principios jurídicos procesales generales históricos desde las Partidas. Esta trayectoria se rompe en el caso del procedimiento contencioso desde su regulación de 1.845.

Esta esencial diligencia procesal se constituye como una facultad del Tribunal y no una obligación, en el art. 123 de la ley citada (144).

La ley de 1.888, y sólo a instancia de la Comisión del Congreso, lo regula con una cierta detención, pero vuelve a manifestarse la actitud defensiva de la Administración, al considerarla nuevamente como una facultad del Tribunal, que habrá de actuarse sólo cuando lo pidan las partes, y en un momento procesal preclusivo. El único avance sobre la situación anterior es que la resolución negatoria puede ser recurrida. Tal posibilidad de recurso fué impugnada por algunos miembros del Congreso acentuando aún más esta impresión de pesimismo administrativo ante el ciudadano (145).

III.-CONDICIONES DE LA SENTENCIA Y GARANTIAS DE LOS DERECHOS.

A.-La sentencia como término del derecho a la jurisdicción. - Concepción monista.

La sentencia en el proceso en la culminación de todo un largo camino que, en definitiva, va a proteger los derechos -y entre ellos los derechos fundamentales pero que debe desarrollarse a lo largo - de su andadura con sujeción a condiciones derivadas de esa misma y preeminente condición humana.

La sentencia tiene que cumplir unas exigencias, consecuentemente con su propia esencia de ser coronación de un proceso jurídico, que sólo es tal cuando conserva intactos con todo escrúpulo los diferentes elementos que lo componen.

Las exigencias de la sentencia vienen determinadas por la consideración de ser, en definitiva, la intención final del derecho a la jurisdicción. Precisamente este punto es el que delimita última-

mente la configuración que tiene para nosotros este derecho, y el - que atribuye una serie de notas distintivas a nuestra postura que - la diferencian de otras que estimamos más complejas pero innecesarias a nuestro fin.

Como sabemos se ha manifestado en la doctrina una cierta teoría que trata de distinguir dos momentos en la relación jurídica que se establece entre el particular justiciable y el Tribunal (146). - En un primer momento, el particular tendría la posibilidad de excitar la actividad jurisdiccional, de modo genérico, en actualización de una pura potencia "primerá" -permítasenos esta terminología escolástica- dirigida al Estado en su faceta jurisdiccional para que examine y resuelva si en ellos hay potestad para acoger la que se promovió. La acción logra su finalidad simplemente porque el órgano jurisdiccional realice un exámen "a limine" -contando siempre con que exista capacidad procesal- de las condiciones subjetivas específicamente procesales -legitimación-, antes que ninguna otra condición objetiva, aunque sea declarando que tal legitimación no existe en el caso presente. Por el contrario, la eficacia de la pretensión está condicionada por la legitimación; es decir, por la necesidad de que el - que la lleva a efecto se halle en determinada relación con el interés que se alega como violado. Frente a esta legitimación activa, el que se resiste a la pretensión también ha de estar legitimado en relación con tal interés (legitimado pasivamente) (146 bis).

A esta posición, de una gran agudeza y que trata de poner al descubierto el interno esqueleto y trabazón de los pasos que constituyen la relación jurídica que hemos señalado, habríamos de hacer-

le dos glosas, porque no llegarían en ningún caso a críticas u objeciones. La primera sería que no realiza un tratamiento semántico de los conceptos acción y pretensión de conformidad con el de su introductor (147). La segunda, que si bien se produce esta complejidad - en la efectiva puesta en práctica del derecho a la jurisdicción, la dicotomía conceptual puede ser muy peligrosa para una correcta evolución del derecho en general.

Evidentemente, constituye una exigencia de la ciencia el que al construir sus conceptos sean éstos capaces de adaptarse a la realidad cambiante de la concreta ordenación legal vigente. De ahí, por ejemplo, que quiera cortarse el nudo gordiano de la dificultad de fijar el concepto de acción, adoptando esta actitud relativista, que pone cualquier construcción al resguardo de críticas "esencialistas". Pero al mismo tiempo, y esto es el lado negativo de tal actitud, impide una serena y progresiva labor integradora de la sistemática jurídica, a partir de ciertos conceptos generales que es necesario acuarñar, para que sea la legislación, en fenómenos "de lege ferenda", la que también llegue a adaptarse a tales construcciones conceptuales, en pro de la justicia. Esta afirmación no es una pura declaración ideológica sin encarnadura práctica. En este trabajo, hemos visto casos en que tal construcción normativa se ha producido, y casos en que se ha subrayado la íntima contradicción de las conclusiones legales, - por no haber asumido un esqueleto conceptual coherente (148).

Nuestra posición que ya hemos expuesto en otro momento se atienne a la concebida por ALMAGRO (149), estima que el derecho a la ju-

jurisdicción coincide con lo que los autores en general denominan acción, pero que estimamos que encierra en sí una mayor riqueza, potencialidad y compromiso, que la que acababamos de reflejar. Para nosotros, el derecho a la jurisdicción es ese derecho medial de los sujetos de un derecho material para acudir a los tribunales en demanda de decisión global sobre todos los extremos de la pretensión. Como se ve, hacemos, y en este punto de modo más ajustado a los contenidos semánticos de GUASP, una distinción entre derecho a la jurisdicción y pretensión.

Pero lo que ahora nos interesa dejar bien sentado, para una correcta comprensión del tema que nos ocupa sobre las exigencias de la sentencia como decisión última de este largo "iter" procesal, es que no creemos que existan dos momentos de una entidad conceptual tan distante que teóricamente su separación. La realidad es que, cuando algún justiciable se acerca a un Tribunal, lo que trata de excitar es la actividad de tal Tribunal para que declare sobre todo lo que plantea. No existe una conciencia de que primero se va a examinar qué derecho tiene para exigir una pretensión, y luego la pretensión misma. La multiplicación de los entes sería aquí algo innecesario: derecho a pedir que se examine si se tiene derecho a pedir, examen de tal derecho. En realidad, la intención general, coincidente y concurrente en todos los casos de excitación de tal actividad, contiene en sí una carga finalística mucho mayor que la que se defiende en la postura dicotómica.

Un segundo elemento que habría que considerar en pro de la unificación, no simplificadora, sino comprensiva, y por ello compleja,

es la realidad del fundamento procesal concreto que se alega para - la prueba de tal dualidad: se habla de la distinción entre papeleta de iniciación, y manifestación de la pretensión (en el juicio verbal) e interposición de recurso y demanda de alegaciones (en el recurso contencioso) (150). A lo primero, debemos decir, que no es el juicio verbal el paradigmático de nuestra ordenación procesal civil, ni - por tanto el elemento significativo de una construcción conceptual, que es contradicha por la construcción normativa de los demás modelos procesales que sí son significativos (151). A lo segundo, que - el recurso contencioso tiene en sí demasiadas reminiscencias de la construcción de los recursos de casación civiles (152). En éstos existe esta dualidad de momentos, pero por razón utilitaria de información a quien proceda de que se ha interpuesto una medida que no hace firme el acto o la sentencia, aunque luego se conceda más tiempo dada la perentoriedad con que debe producirse aquella información - para la redacción o preparación mas detenida del fondo de la acción - recurrente. Por el contrario, los ejemplos de los demás procesos inclinan la balanza a favor de nuestra posición.

Hay una tercera razón que a mi entender es aún más decisiva, y es que el desconocimiento de esta unidad compleja supone un evidente peligro en la aceptación de un modelo que desvincularía derecho material y derecho de su ejercicio procesal. Esto puede ocasionar un vacío jurídico que, como sabemos, puede ser aprovechado -y así ha - ocurrido en el siglo XIX, y en el actual- por la discrecionalidad administrativa para manipular el concepto de legitimación a su antojo y para sus injustos propósitos. La posición que defiende una dualidad

de derechos: de acción y de pretensión, no comprende que realmente la legitimación -que es el concepto que diferencialmente se encuentra en uno, y no en otro de los derechos- no debería en principio ser -de menor medida que la propia materialidad del derecho.

Debería ser un apotegma jurídico que todo el que tiene un derecho formulado por la legislación positiva, debería tener la posibilidad de defenderlo ante los tribunales como límite mínimo de la legitimación. Por tanto los Tribunales en su decisiones deben medir la extensión del derecho, de modo global, en sus dos aspectos subjetivo -legitimación- y objetivo -fundamento-. La importancia política de esta declaración es enorme. Sabemos que históricamente se ha pretendido desligar la titularidad de un interés, legítima y legalmente protegido y atribuido, -y en ello las declaraciones de derechos -fundamentales han sido ejemplos tan notorios como aberrantes- con la posibilidad de su defensa en juicio. Se trataba de poner mil trabas, excusas, cauciones, necesidad de autorizaciones, etc, para impedir la posibilidad de un enjuiciamiento, sobre todo de la Administración que se encontraba con un poder legiferente total, y un pavoroso temor a ser descubierta en su mil y un recovecos de injusticia. Agotados todos los recursos de la práctica absolutista y estatista, había que crear otros instrumentos útiles para el mismo fin, la denegación de la justicia. Se arbitran los derechos sin posible protección jurídica. Pero como en este momento los liberales, más o menos auténticos, desean no aparecer como denegadores de justicia, se utiliza hábilmente un concepto elástico de legitimación.

Las consecuencias son muy claras y ya las hemos visto. La doc

trina, a nuestro entender, debe ser la primera en evitar -y luego - la legislación- cualquier tentación de otorgar ningún margen para el crecimiento de estas arbitrariedades, bajo la capa de tecnicismos (153).

Resulta por lo demás, que no son auténticamente válidos desde el punto de vista técnico, como hemos venido manteniendo y descubriendo, puesto que no sólo no cortan la arbitrariedad, sino que no explican la realidad. A este respecto, además de todo lo dicho, resulta significativo, que para los dualistas el derecho de acción haya de emparentarse con el derecho de petición (154), con el que sin duda tiene un antecedente común: quizá el propio derecho de petición del antiguo régimen, diferente del actual, pero cuya ausencia de propia protección procesal resultaría al menos incongruente, como ha puesto de relieve ALMAGRO. Y ello porque la responsabilidad civil y penal de los Jueces y Tribunales se reservaría para el segundo de los derechos, el de pretensión, quedando el de acción huérfano de esta medida.

La unificación que defendemos no es simplista, como ya se ha señalado. Estimamos que existe un derecho a la jurisdicción que contiene en sí una pretensión, y que se manifiesta por vía de acción o vía de excepción como exige el carácter bilateral de la contienda. (155).

En atención a todo ello, la sentencia debe tener (aparte de las características internas que señala la ley de Enjuiciamiento Civil art. 359 claridad, precisión y congruencia) características que

hacen referencia a su cualidad de ser la culminación y finalidad del derecho pleno a la jurisdicción.

La sentencia debe ser obligatoria en relación con todos los extremos que se contemplen en la pretensión; debe fundarse en motivos legales, de los que se debe dar cuenta y que deben aplicarse a los hechos, también fundados, que se consideren probados; debe ser eficaz, esto es, imponerse en la realidad a todos los sujetos que hayan entrado en la contención judicial, directa o indirectamente, o lo que es igual dotar de inatacabilidad a las situaciones reconocidas, por parte de terceros (eficacia "erga omnes").

6.1.-Decisión obligatoria.

La tradición española sobre la materia correspondiente al viejo régimen, se encuentra en las Partidas. En ellas, se señala la obligación que tiene el Juez de dictar resoluciones en todos los asuntos sometidos a su conocimiento; pero, al tiempo se plantea el posible caso de que no estime el funcionario judicial que existe legalidad concreta aplicable al asunto litigioso. Para ese supuesto se ordena trasladar las actuaciones al Rey, titular propio del poder jurisdiccional, para que éste decida. Naturalmente contra la posibilidad de un silencio definitivo del Juez-Rey, la legalidad castellana, esto hay que subrayarlo expresamente, no concede remedio alguno (156).

La posibilidad de una indefinida situación de indefensión jurídica, por la falta de resolución concreta sobre un contencioso civil o litigio penal, en una experiencia concreta que los mismos cong

titucionales de Cádiz ha sufrido antes de 1.812, y volverán a padecer, algunos en propia carne, con posterioridad a esa fecha, y precisamente como reacción contra ella. Por ello, y especialmente para los procesos criminales, en los que esta situación es especialmente lamentable, se establece en el Reglamento de 1.811, no tanto una prohibición del silencio de los jueces, puesto que la regulación de Las Partidas sigue de algún modo vigente, y no se trata de formar en tal reglamento la globalidad de la institución judicial, sino que al Juez se le especifican con toda claridad los plazos concretos que ha de cumplir para la resolución de los pleitos, incluida la fijación de la resolución final (art. 11), junto a lo que, se establece un interesante principio de publicidad por medio de la ya aludida publicación de las listas, a instancia de parte (art. 16).

La remisión de las actuaciones por el Juez al Rey, en los casos en que aquél no estime posible dictar una resolución, se convierte en inconstitucional por virtud de la nueva estructura del Poder judicial, de las repetidas prohibiciones a todas las demás autoridades, que no sean la judicial, incluido el Rey, de dictar sentencia en asunto jurisdiccional. (art. 243 de la Constitución de 1.812).

En base a esos textos, se introdujo en España una práctica conocida bajo el nombre de absolución de la instancia. Se trataba de que el Tribunal o Juez podía terminar el curso de un procedimiento con una resolución absolutoria, pero de tal calidad que no otorgaba el carácter de cosa juzgada sino que se dictaba sin perjuicio de ulterior tratamiento jurisdiccional, que podía volver a plantearse. -

Como hemos visto, en el proceso penal, no se llegó a desaparecer - tal práctica, hasta la ley de ALONSO MARTINEZ, y al retraso temporal de su abolición se unía la especial importancia de las posibles consecuencias que podía tener para el presunto reo su nuevo enjuiciamiento, con lo que su situación se hacía especialmente insegura y dolorosa (157).

En la vía civil, también existía esta práctica, aunque tuvo en el XIX una vida más efímera y a pesar de todo una mayor lenidad en sus consecuencias, puesto que en definitiva, no se trataba de imposición de penas, sino de admisión o no de pedimientos, en su mayor parte de carácter patrimonial. La jurisprudencia (STS 29 nov. 1.849) fué la que primero inició una eficaz acción para acabar con esta posibilidad de indefinida inseguridad, estimando que no era admisible en el Derecho civil español esta absolución de la instancia (158), criterio luego corroborado por los arts. 61 y ss de la Ley de Enjuiciamiento civil (159).

Esta sería por su parte, la primera normativa legal civil que impusiera de modo absoluto la obligatoriedad para los Jueces de su decisión total sobre los litigios, sin posibilidad de aquella práctica que en realidad consagraba una excepción al principio de la sentencia obligatoria. De modo coherente con ello, pero redactado de forma que aún permitiera la absolución de la instancia en lo penal, se redactó el art. 12 del Código Civil de 1.851, el art. 265 del Código Penal de 1.850, y el artículo 368 del Código Penal de 1.870. En las normas penales expuestas se castigaba el silencio de los Jueces en caso de decisión litigiosa, entre otros posibles tipos de conduc

ta antijurídica de tales autoridades, en la impartición de la Justicia.

En la jurisdicción contencioso-administrativa, el artículo - 47 de la ley de procedimientos de 1.845, recogía el mismo mandato legal de que "Los Consejos no podrán abstenerse de fallar en ningún negocio a título de ser oscuras o incompletas las leyes o disposiciones legales o de no haber estas previsto el caso sobre el cual deba recaer el fallo".

La ley de 1.888 no recoge este extremo, sino lo más cercano es el mandato legal (art. 61) de que en su fallo se responda a todo lo alegado.

6.2.-Decisión fundada.

En esta materia, vamos a referirnos a la concreta disciplina sobre fundamentación de las sentencias que rigen en el siglo XIX en torno a los tres principales tipos de procedimientos. La necesidad de fundamento de las decisiones judiciales, y la extensión cualitativa de estos fundamentos es algo que se consolida en la legislación del siglo que estudiamos.

Hasta entonces, la preocupación principal del legislador es - la de que las resoluciones judiciales se atengan a las normas legales y a la justicia. En los Códigos Penales de 1.820 y 1.848-1850 se establecen especiales tipos de delitos sobre esta materia (así como en los proyectos del que es el último el de 1.834). Pero en ninguno

de ellos se establece una mención especial de la expresa fundamentación de las sentencias, de cuya inclusión en las decisiones judiciales, serán responsables los Jueces, en virtud de la genérica obligación de cumplimentar las normas procesales referidas a este punto cuando así llegue a determinarse.

Efectivamente, no forma parte del derecho histórico patrio la necesidad de fundar las sentencias. Es más existe una regla prohibitiva de tal práctica en determinados casos, (Nueva Recopilación ley 8ª, tit. 16, lib. 11), justificada para el proceso civil en que no resultaba conveniente fundar las sentencias, suponiendo que las razones alegadas se podían convertir en otros tantos pretextos que se facilitaban a un litigante caviloso para eternizar la contienda. - (160).

Los Reglamentos de 1.835 y 1.844 nada dicen al respecto. Es en la ley de 1.855 para el proceso civil donde se establece por primera vez, en reiteradas disposiciones, este mandato (161).

Lo que nos interesa ahora es intentar alumbrar desde esta perspectiva una cuestión que nos parece íntimamente ligada con esta perspectiva que dominó gran parte del siglo XIX sobre la fundamentación de las sentencias, y es la de la aparición de la última instancia o casación (o nulidad) en España.

Este tema ha sido tratado ampliamente por FAIREN, señalando los diversos supuestos y finalidades que tienen los constituyentes de Cádiz sobre el tema del recurso de nulidad, que es en definitiva el -

que prevalece sobre el de tercera instancia, segunda suplicación o injusticia notoria. Los razonamientos allí expuestos son totalmente compartidos por quien esto suscribe.

De este interesante trabajo, subrayaría dos ideas que subyacen a todo él. La tesis de que tanto en España como en situación paralela en Francia, el legislador plantea la necesidad de que el Juez sea quien "diga el derecho", pero nada más que el derecho, esto es, la ley positivada por el correspondiente Poder. Se trata de que, en ningún momento, el Poder judicial extrapole su misión, convirtiéndose, por medio de la "jurisdictio", en un legislador no controlado (162).

A este fin coinciden dos medidas, ya analizadas por FAIREN en su justa relevancia política, pero en las que creemos se producen - además coincidencias que ayudan a explicar esta relucencia del legislador del XIX, hasta 1.850, a la formulación circunstanciada de las sentencias. Se trata de evitar a toda costa que las disquisiciones doctrinales y glosadoras de la letra de la ley den ocasión a que esta sea ampliada, recortada o manipulada por los órganos judiciales, de los que existen sin duda los precedentes del Derecho anglosajón, que tan bien conocen nuestros juristas-políticos de la primera mitad del siglo. Tal interpretación viene además confirmada por su coincidencia en el fundamento, con la ya indicada negativa a considerar - que el recurso de nulidad patrio sea un recurso de casación, y la - recepción -tan agudamente comentada por FAIREN- de la "consulta al legislativo" al modo del "referé" francés determinado constitucionalmente para cuando existan dudas sobre la interpretación de la legislación (163).

Con finalidad parecida, se excluye el recurso de injusticia nó toria, y se reconduce el recurso de oidores de Juan I a las Audiencias, como tercera instancia. Recursos, que por lo demás, volvieron a introducirse en España con los Reglamentos de 1.835 y 1.844 (164).

La renovación procesal de 1.855 pone las cosas en una tesitura completamente moderna: se introduce el auténtico recurso de casación, y lo que es más importante, se admite como fundamento normativo de este recurso la infracción de doctrina jurisprudencial. ¡Que lejos están ya los dogmas de la separación casi mecanicista de poderes, cuando se admite la eficacia cuasi-legislativa de este poder!.

Pues bien, como hemos señalado es en este momento en el que - se determina legalmente la necesidad explícita de la fundamentación detenida de las sentencias, y no sólo en los aspectos fácticos, que ya eran práctica común, sino en los argumentos legales que sirvan - para justificar el necesario fallo.

Un recorrido paralelo se da en el proceso penal, más retardado en el tiempo, por razones que aún no acertamos a explicar, y que culmina en la admisión del recurso de casación en el año 1.870, para los procesos criminales (165).

En el procedimiento contencioso-administrativo, sus primeras - normativas legales completas incluyen tanto en lo que se refiere al Consejo Real, como en lo referente a los Consejos provinciales, la obligatoriedad de que las sentencias sean motivadas. Esta disciplina

se amplia también a las providencias interlocutorias desde 1.846. Es la ley de 1.888, en la que se prescriben las diferentes partes de la sentencia, con su estructura de resultando y considerando a ejemplo de la práctica civil y penal, ya en antiguo uso, que por estas normas se consolida. (Según se ha citado en el apartado inmediato anterior).

6.3.-Decisión eficaz.

El cumplimiento de la sentencia en la vía civil no ha planteado a lo largo del siglo XIX ningún problema especial en cuanto a su efectividad. Las compilaciones más antiguas previeron un sistema muy detallado y articulado para hacer realidad práctica las decisiones de los jueces. Se atendía a los muy diversos problemas que pudieran suscitarse en torno a la voluntad del obligado a la prestación, así como a la practicabilidad de la propia prestación, sin interferencias de terceros, etc... Esta regulación, con modificaciones impuestas por los matices diferenciales de los diversos tiempos, se ha mantenido hasta nuestros días, completándose y sistematizándose en lo que fué necesario pero respondiendo en general a una serie de principios que no modificaron sustancialmente hasta el presente. Así desde el título 17 del libro 11 de la Novísima Recopilación, pasando por el título 18 de la ley de 1.855, hasta la presente regulación de la ley de 1.881, este problema de la ejecución y cumplimiento de las sentencias no necesitó variar de modo significativo por los nuevos principios de la revolución liberal (166).

No ocurrió así en el proceso penal donde menudearon, hasta este siglo, las arbitrariedades del poder en cuanto al exacto cumplimiento de las decisiones de los Jueces o Tribunales.

Precisamente por ello, y porque las arbitrariedades procedían en su mayor parte de las interpretaciones excesivamente discrecionales de los "alcaldes o carceleros", se establecen en la Constitución de 1.812 una serie de instrumentos tendentes al control y aseguramiento de la exacta aplicación de los castigos impuestos por los jueces: así, el libro de presos, en donde junto a la identificación de éstos, se hace constar la causa y motivo de su pena; y así también, la institución -mantenida como veremos a lo largo del siglo- de la visita de cárceles por parte de la autoridad judicial. (art. 297 a 299).

Se ha hablado también del inicio sobre el cumplimiento de sentencia y la obligación de llevar a la convicción del preso la inexorabilidad de tal cumplimiento (art. 205).

Estas prevenciones no se vuelven a incluir en ninguna norma constitucional, por la evidente razón de que se incluyen en los textos legales ordinarios.

Los remedios de la publicidad se habían introducido ya en el Reglamento de causas criminales de 1.811, con la referida lista pública de presos y causas (art. 17). En el mismo sentido se concretan las correspondientes prevenciones sobre la visita a las cárceles, tiempos en que deben hacerse (art. 18), control de tales visitas por los Tribunales jerárquicamente superiores (art. 19), y responsabilidad de los Jueces por el incumplimiento de tal obligación, en caso de que ello comportará una prisión no correcta (art. 20).

Junto a esta normativa y en el mismo Reglamento, se establece de modo muy riguroso, -rigor que se lleva después hasta el extremo de castigarlo penalmente- todo exceso de "alcaide y carceleros" en la aplicación de la pena, de modo que se prohíbe "llevar derechos o aldealas para aliviarlos con cualquier motivo que sea, ni afligirlos, (art. 22).

El Código Penal de 1.822 señala penalidad especialmente grave, puede llegar hasta veinte años de obras públicas, para los responsables de las cárceles que fueren cómplices en los delitos de fugas de presos (art. 354). El castigo de la conducta correlativa contraria se tipifica también, pero de modo más general y con una penalidad -sensiblemente inferior: suspensión del empleo. (art. 246, 6ª).

En este mismo sentido se manifiesta el Reglamento provisional de la administración de Justicia de 1.835, en el que se establece -la prohibición de prácticas penitenciarias no acordadas por ley o -juez, (art. 7) y vuelve a restablecerse la práctica de la visita a las cárceles con los mismos fines que en la legislación de Cádiz, -con una nueva facultad establecida a favor de los presos, y que es la posibilidad de que éstos sean oídos por los jueces visitadores, cuando así lo soliciten (art. 15).

El régimen y obligaciones específicas de los alcaides de las cárceles se establece, por primera vez con una cierta y completa sistematización en el capítulo 1º, sección 7ª del Reglamento de 1.844, en el que se ordenan los controles administrativos y las normas de conducta que han de observar con los reos.

Por fin, la misma filosofía de estricto cumplimiento de las - penas impuestas por las decisiones judiciales se contiene en toda - la correspondiente legislación posterior, hasta la ley de 1.882.

El principal problema de la eficacia de la sentencia judicial se produjo en el caso de la vía contencioso-administrativa. La raíz de esta problemática se centra en torno a dos puntos críticos: el - primero, que la ejecución de la sentencia se atribuye de modo pleno a la propia Autoridad administrativa; el segundo, que se estima como posible que ésta suspenda su ejecución, por razones de tipo discrecional.

La atribución de la ejecución de la sentencia a la Autoridad administrativa es prácticamente un dogma que forma parte del sistema de creencias administrativistas del siglo XIX, sobre todo a partir de su consagración legislativa en los Reglamentos de 1.845-1.846, y su justificación, p.e.: en COLMEIRO, es tan lacónica como axiomática, "porque importa a su justa independencia" (la de la Administración). Muchos años después, SANTAMARIA DE PAREDES reseña esta especialidad del procedimiento administrativo, sin siquiera mostrar preocupación alguna por su justificación (167).

El punto más discutible, en todo caso, no se centra sino en - la facultad que como corolario sigue a la anterior, esto es, que la Administración pueda suspender la ejecución de la sentencia, sin que establezcan con claridad, qué razones -típicas y tasadas- puedan justificar esta medida.

El Congreso Jurídico Español de 1.886, al que ya nos hemos referido insistentemente, recogió en sus ponencias la necesidad de acabar con esta práctica, tan contraria, según sus propias palabras, - al Imperio de la ley. Abogábase en tales conclusiones porque la ejecución de las sentencias fuera explícitamente y de modo total competencia del tribunal sentenciador. En defensa de esta tesis, se citaban casos verdaderamente escalofriantes de ineficacia de las sentencias pronunciadas en fechas tan antiguas, como 1.851 (168).

Los primeros proyectos de la ley de 1.888 establecía que a lo sumo, el Tribunal pudiera conceder una prórroga para las ejecuciones, al tiempo que la determinación de una indemnización. Tal prórroga sólo era atendible en determinados y expresos casos, contemplados por el proyecto (169).

Las discusiones en la Comisión, el Congreso y el Senado, sustrajeron del control del tribunal no sólo la posible prórroga del cumplimiento de la sentencia, sino incluso su misma suspensión (170). El control judicial se sustituye por un control político (art. 86), (comunicación a las Cortes) de modo parecido al que se establece para el caso de retraso en el envío al Tribunal del expediente gubernativo. El tribunal sólo puede determinar la indemnización que ha de otorgarse al particular afectado, como compensación sustitutiva del aplazamiento o la suspensión (art. 84).

El característico reflejo condicionado de la jurisdicción retenida se manifiesta aquí de un modo no menos claro, que en la deter

minación-indeterminación de los motivos que pueden dar lugar a la - suspensión de la eficacia de la sentencia. Frente a la concreta especificación de estos posibles motivos, se impone la cláusula de la autorización general para esta suspensión en caso de interés público, sin que se produzca mayor aclaración.

Resulta de una evidente contradicción que en un sistema, que pretende ser de jurisdicción delegada, se mantengan estos claros - elementos de la teoría de la jurisdicción retenida. Esta mixtificación técnica, se debe indudablemente a presiones políticas. Para na die es un secreto que la facultad suspensiva de la administración - constituyó uno de los puntos "pactados" entre las fuerzas políticas para la aprobación de la ley. Y precisamente de la desatendida pure za técnica, y no de la motivación coyuntural política se hubiera de rivado en la teoría confirmada después ampliamente por la práctica, una más ajustada defensa de la posición del particular frente a la violación posible del derecho por parte de la Administración.

IV.-LAS CONDICIONES DEL ORGANO JURISDICCIONAL.

A.-La jurisdicción y la protección procesal.

Tal como hemos entendido el sistema de protección procesal - general y de los derechos fundamentales, se infiere de todo lo expuesto anteriormente que el tercer elemento de esta protección es - la jurisdicción. No hacemos con ello, más que alinearnos en la larga lista de los teóricos del Derecho Procesal que plantean esta mis ma trilogía, acción (para nosotros y del modo indicado, derecho a la jurisdicción), proceso y jurisdicción.

En lo que este trabajo se aparta de alguna de las más significativas exposiciones de esta materia, es en considerar a la jurisdicción en último lugar. Precisamente porque lo estimamos elemento del mayor valor conceptual para cerrar todo el análisis que venimos realizando, fundamentalmente de carácter histórico, pero en el que se pone de manifiesto la misma esencia conceptual de esta institución.

Las razones que a ello nos han llevado son de muy variada índole, y junto a las que normalmente se ponen de relieve en el estudio de este tema, habrían de añadirse otras que quizá tengan un carácter predominantemente filosófico o reflexivo, sus más importantes manifestaciones serían éstas:

a) Después de recorrer analíticamente el conjunto de sistemas institucionales de la protección procesal funcional, la jurisdicción es la última variable que define la humanidad de estos sistemas. Damos a humanidad un sentido que trasciende incluso al axiológico, y se aproxima al gnoseológico, en el sentido propio de tratarse de un instrumento creado por y para los hombres, donde el elemento libertad, no es en definitiva la cuestión a ser enjuiciada, sino que tal libertad es a la vez necesariamente enjuiciadora. La libertad debe ser juzgada por y desde la misma libertad, como condición metafísica de la corrección de la decisión. La última incondicionalidad de toda situación humana, que es lo que en todo caso se enjuicia en cualquier clase de proceso, debe estar dominada por la presencia de otra "última incondicionalidad". Esto significa que nos alineamos en las filas de los que pretenden que la labor jurisdiccional es al

go que trasciende en todo caso la mecánica de un procedimiento, como propia condición, de posibilidad. Concebimos a la jurisdicción -en tal que fenómeno humano- como el punto en donde se funden la necesaria institucionalización objetiva con la no menos necesaria decisión libre personal.

b) Esta impostación se confirma cuando el examen concreto de las actitudes propias de los justiciables nos descubre un marcado matiz, que podíamos llamar -exagerando quizá la expresión con el fin de una mayor expresividad- "escatológico". El momento personal de la jurisdicción es la "última spes" de aquel individuo que se ve reducido en su derecho. Por encima de la mecánica procesal, de cuya necesidad hemos dado amplios testimonios, quien acude a la justicia -en caso de conflicto por lesión, espera que sea una conciencia humana la que "simpatice" con la complejidad de la situación creada por la violación, para su recta interpretación y aplicación de los convenientes reductores. El fantasma del "summum ius, suma iniuria" sólo es capaz de deshacerse en quienes reclaman la restitución de su derecho, en la seguridad de que sea la decisión de un hombre la que sepa obviar los posibles vericuetos de un sistema, que se ha convertido demasiado en una maquinaria, y cuyas derivaciones funcionales pueden a veces llevar a términos muy alejados de sus justas aspiraciones. Esa constante aspiración de "ver al Juez", "hablar con el Juez", etc..., de la que somos continuos testigos los abogados en la práctica diaria de los Tribunales, abona esta idea. El particular espera en última instancia que "el hombre" sepa "com-prehender" su global situación.

c) Pero es que además, históricamente, la jurisdicción es como institución de poder y como sistema de la realización de la protección, la hipótesis de la suprema justificación del Estado democrático. (171). El administrar justicia es en la Teoría del Estado moderno una de las características del poder soberano. Como sabemos, en el inicio de este Estado, a este contenido de titularidad de poder como designador del que era el soberano, se unían otros muchos: la administración, la economía y los principales instrumentos económicos (la moneda p.e.), el ejército (o "la seguridad") (172). Pues bien, desde la óptica del Estado, la gran revolución liberal y burguesa del XVIII-XIX, centra en la justicia, en la impartición de la justicia, uno de los puntos básicos de la transformación del nuevo estado. De hecho, la transformación afectará a todos los demás poderes, como son los enunciados: administración, economía, ejército, - pero será la justicia, en el sentido de la encarnación de la misma en los jueces o Tribunales, una de las que más se cuida en la formulación doctrinal y práctica del Régimen que adviene. Y precisamente será la justicia, y no tanto la justicia lógica de los preceptos sino la orgánica de los Tribunales la que más revolucionariamente se transforme. El mismo examen de las prioridades de transformación legal p.e.: en España en 1.812, 1.820 y 1.834-1.835 en torno a estos temas lo arguye claramente.

Estas razones justifican a nuestro entender la sistemática de esta exposición y la gran importancia que en el siglo XIX se da a la jurisdicción como poder sublimado y en el que se cifran las mayores esperanzas. Esta afirmación no contradice que en ese mismo período

do exista también un poder dotado de gran carga mítica, el legislativo -voluntad general, representación, asiento de la soberanía, etc.--. Pero esta mitificación proviene, por así decirlo, de elementos más accesibles e inmediatos al cuerpo político. Ensalzar al legislativo, a los Parlamentos, es una forma sublimada de exaltación del mismo -ciudadano.

Por el contrario la exaltación del Poder judicial trae su origen de su propia entidad, de la función y las esperanzas que en él se depositan como pieza suprema del edificio democrático, y de la -defensa frente a la tiranía. La mitificación del judicial no procede de la santidad de su representatividad, sino de la santidad de la -función encomendada. Esta línea de pensamiento es la que en nuestros días ha culminado en la concepción de la dualidad "auctoritas-potestas", como presente en la propia naturaleza del Poder judicial (173). No sólo, se dice por sus defensores, existe una gran relevancia en la misión de los jueces, es que ellos mismos encierran en sí una serie de valores humanos de tal cualidad, que hace que la sociedad los respete por la altura de sus decisiones.

Es un punto importante reconocer que efectivamente, el avance de las conciencias y la perfección de las relaciones Estado-individuo en el siglo XIX han significado una construcción más acabada de la misma estructura interna y condiciones de posibilidad y desarrollo del Poder judicial. El motor de tal desarrollo y perfeccionamiento ha sido la función atribuida, y el haberseles constituido en el reducto defensivo de los derechos.

Pero precisamente por ello, hay que situar en su justo lugar a este fenómeno. Nuestra conciencia humana nos acusa siempre de que se mitifica demasiado una realidad humana instrumental y funcional. Y no hay que olvidar que el Poder judicial es "santo", porque santa es la misión que se le ha atribuido, y, como toda realidad humana - instrumental, sería el más grave pecado de desnaturalización el convertirlo, siquiera sea conceptualmente, en su fin.

Este poder recibió una misión en el siglo XIX, pero en una - dura lucha y confrontación con otros. Parece claro que la Administración p.e. tomó un sesgo discrecional y coyuntural, porque a ella no se le confirió esta misión. Aunque presente en época muy anterior, en el XIX culminó la gran contienda jurisdicción-administración en torno a la competencia sobre los litigios de los particulares con - la Administración, y ello no era más que un postrero reflejo de una secular contienda de estos dos poderes en torno a temas más amplios.

Si esta contienda es, en el siglo que historiamos, apreciable al menos en aspectos no secundarios de la vida social, ¿qué habría de decirse del poder legislativo?. Efectivamente, en el siglo XIX - se plantea algo que más o menos abiertamente se manifestará en esa centuria, pero que explotará con una violencia inusitada, en algunos países, en el siglo XX: la contienda Parlamentos-Jurisdicción, en - una tensión que aún hoy subsiste. Una tensión que se centra en el - punto de quién se puede atribuir con más genuina calidad el carácter de testigo y depositario privilegiado de los principios constitutivos de la comunidad social, entre los que están sin duda los derechos de que venimos hablando (174).

Se impone, pues, por razones lógicas e históricas enfrentarnos con el tema de la jurisdicción de modo realista. Esto es, con conciencia expresa de la importancia de su papel -decisivo sin alguna duda- en el sistema de la protección del individuo, de la constitución de la comunidad, y de la correcta articulación entre ese individuo y esa comunidad; pero al mismo tiempo, con igual constatación de que no se puede mitificar un poder, extrapolando la importancia de la misión que se le atribuye, de modo que se personifique en las personas que la ejercen. No es del todo correcto aquí la correspondencia biunívoca "potestas-auctoritas". (175).

En defensa de esta tesis, hemos de aportar además de las razones estructurales alegadas, comprobaciones empíricas extraídas del mismo siglo XIX que arguyen en su favor.

Constatamos en este período que los jueces son hombres, y esta evidencia comprende otra: que tienen sus propias visiones y proyectos globales, que sólo a veces coinciden con el proyecto político - en el Poder. De tal manera que en multitud de casos, éste mismo Poder, olvidando en parte sus propios principios doctrinales, "evita" al Poder judicial, en la desconfianza de que no sabrá interpretar la ley de modo adecuado a la nueva situación. A partir de ahí se produce una cierta y constante tensión entre ejecutivo-político y judicial.

Hay una segunda constatación que se una a la anterior y que - la matiza. Los momentos críticos de esta oposición no se van a producir con los Gobiernos más conservadores, sino generalmente con los

más progresistas. ¿Razones? El Poder judicial, en el siglo XIX, es esencialmente conservador, quizá porque pesan psicológicamente de modo desmesurado sobre sus propias conciencias las revoluciones legales que se van produciendo, quizá por que les totaliza en alguna manera su misión de restauradores del orden legal, de mantenedores de un fenómeno que es en sí mismo arquetípicamente conservador: el Derecho.

Por ello, se inclinan generalmente a favor del Poder, cuando este significa sobre todo conservación, y asumen actitudes defensivas ante las interpretaciones progresistas insertas en las leyes del Poder más abierto.

Un repaso de la jurisprudencia nos mostraría que hay sólo un tema en el que las sentencias se alinean de modo unánime contra el ejecutivo, y es la cuestión de las competencias. Aquí se adoptan criterios que materialmente significan principios doctrinales muy queridos para los juristas más progresistas. La razón de ello nos da, sin embargo, exacta medida de ese Poder: no se hace por íntima convicción política, sino con profundo sentido corporativista.

Hay ejemplos históricos que confirman impresiones sobre la jurisdicción en el XIX, que a grandes rasgos hemos querido exponer. La repetición en diversos y significativos países pueden incluso hacer nos cuestionar si no es ésta una impresión generalizable, al menos en lo que hasta ahora ha sido el Poder Judicial.

El primer ejemplo que aduciríamos es Francia. Un interesante

libro de GODECHOT concluye que un análisis de cien años de jurisdic
ción en Francia, nos muestran que el Poder judicial ha sido una ins
titución inclinada -con la efímera excepción de los primeros años -
de la Revolución- hacia el conservadurismo político, y que los regí
menes progresistas se han visto obligados en el siglo XIX a manipu-
lar la legislación judicial orgánica con más frecuencia que los con
servadores para mantener a los jueces en la órbita de sus propios de
seos y propósitos. (176).

En los Estados Unidos, existe otra experiencia que nos condu-
ce a coincidentes conclusiones, aunque los fenómenos sean diversos.
Se trata de la dificultades puestas a la política del "New Deal" de
ROOSEVELT, por parte de los Jueces y Magistrados federales, y que sig
nificaron un freno a las nuevas y al parecer progresivas medidas de
la renovación político-económica americana de los años veinte de este
siglo (177).

En España, esta tendencia conservadora que hemos señalado, se
confirma por un agudo analista de los orígenes del contencioso-admi
nistrativo, cuya impostación administrativista o de jurisdicción re
tenida, se justifica en base a la existencia "de un apoyo de los jue
ces a las viejas clases privilegiadas (en especial, en los antiguos
lugares de señorío) y de un sabotaje de la legislación burguesa"
que hacían sospechoso a este estamento, de incomprensión para las -
nuevas medidas políticas (178).

B.-Los principios del poder judicial.

Desde esta óptica, resulta que los tradicionales principios - del poder judicial adquieren nuevos matices. No todos los principios que se suelen citar tienen la misma finalidad, ni el mismo origen. Algunos de ellos representan la traducción conceptual de un modo de insertarse esta función jurisdiccional en la total edificio del Estado: así la unidad y la exclusividad (179). En estas notas se está definiendo un poder que deriva directamente de la soberanía del Estado, y de una concepción que parte de la separación de poderes. - Otros principios, aunque conectados en su último fundamento en esta concepción política de la jurisdicción, tienen mayor justificación en la misión protectora de la Justicia, como son la independencia y la responsabilidad.

Pero esta división, no debe producir el engaño de negar que - existen evidentes relaciones entre ambas clases de principios, y de que, sobre todo, las dos primeras tienen también un reflejo y una - influencia en la autenticidad del sistema de protección. La unidad y la exclusividad de la jurisdicción aseguran también al individuo de la discrecionalidad y del subjetivismo en el enjuiciamiento de sus pretensiones (180). Pero lo aseguran en la medida en que ese poder único y exclusivo sea independiente. Esto es lo fundamental y decisivo en la cualificación del poder judicial. También por esta vía - indirecta, llegamos a la conclusión de que la fundamental virtud del poder judicial como garantía de los derechos humanos es su independencia.

Así podemos enunciar que lo que a este trabajo interesa analizar son las llamadas garantías subjetivas de los órganos jurisdiccionales (181). Son éstas las que, en definitiva, nos manifestarán la adecuación de ese poder judicial único y exclusivo a la misión de protección de los ciudadanos. Su ausencia, por mucho que se asegure orgánicamente un estructurado, único y exclusivo sistema judicial, no protegerá debidamente al ciudadano de los inevitables ataques del poder. El problema de la unidad en este aspecto está en el estatuto del personal jurisdiccional de este poder, que ha de ser el mismo - para resolver po.e. los casos de competencia, y para inspirar los principios políticos y técnicos del proceso que ante ellos se desarrolla. El problema de la exclusividad estriba en que no debe atribuirse el conocimiento de los litigios a órganos que no estén presididos por estos mismos estatutos. (Cfr. nota 1.79).

Creemos por ello, justificado central el análisis de los siguientes principios; el de independencia personal y orgánica, el de preconstitución, el de aptitud específica y el de responsabilidad, en su evolución a lo largo del siglo XIX, y en las diversas manifestaciones de la jurisdicción.

Esta realista preocupación se manifiesta en la Constitución - de 1.869, en la que sus autores no se conforman con la formulación de los preceptos sobre unicidad y exclusividad (art. 91), inamovilidad (95) y responsabilidad (98), que habrían recibido consagración normativa en textos anteriores. Los demócratas introducen una amplia exposición del estatuto constitucional de los jueces.

El art. 92 ordena a los Tribunales no aplicar reglamentos que no sean conformes con la ley. El art. 93 introduce el jurado: El art. 94 señala los requisitos fundamentales de acceso a la judicatura, y la posibilidad del nombramiento de una cuarta parte de Magistrados de Audiencia sin sujeción a los requisitos de la Ley orgánica, art. 96 prohíbe la violación de las normas legales de nombramiento y ascenso, para los que se exigen dictamen del Consejo de Estado. Por último, el art. 98, que recoge la responsabilidad, introduce la posibilidad del ejercicio de la acción penal.

1.-La independencia personal.

Se ha optado en este trabajo por diferenciar dos tipos de independencia, ambos necesarios en el órgano jurisdiccional, la personal y la orgánica, a la vista de que la legislación del XIX aborda en este tema dos problemas fundamentales no resueltos siempre de la misma manera. El primero se refiere al conjunto de medidas legales arbitradas para neutralizar al máximo la incidencia de determinados intereses de carácter personal que puedan nublar la necesaria neutralidad de los jueces, por su incidencia en el "status" personal de los individuales representantes de tal poder. El segundo se centra en torno a aquellas circunstancias de carácter orgánico que también puedan empañar esa independencia, no por razones fundamentales individuales, sino por interferencias que se refieran temáticamente a la función judicial, como tal, independientemente de quién sea el que en cada caso concreto es su detentador.

Al primer problema se referirían las cuestiones de condiciones,

incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, que supongan las condiciones objetivas de imparcialidad, protegidas específicamente por instituciones tales como la abstención y la recusación.

Al segundo, por el contrario, aquellas cuestiones referidas a los conflictos de Jueces y Magistrados con otros poderes, como es - fundamentalmente con el ejecutivo, y su remedio: la inamovilidad; o también, y ésto es importante para un análisis del siglo XIX, frente al mismo Poder judicial jerárquicamente superior, en los casos de - extralimitación de la función disciplinaria de éste, y que llegue a afectar a la propia independencia jurisdiccional.

Con ello, no queremos rehabilitar la moda tan acertadamente crítica por MONTERO Y DE LA OLIVA, de aplicar el principio de independencia al Poder judicial como tal (182). Seguimos pensando que los independientes deben ser los Jueces, como personas. Lo que indicamos con esta división es que esta independencia tiene dos facetas, distinguibles, como se ve, más que en atención a quien la debe ostentar, en atención a las motivaciones psicológicas que pueden ponerse de manifiesto en un caso o en otro, y que serían más individualistas en el primero de ellos, y más corporativas o de grupo en el segundo.

De las garantías de la independencia personal habríamos de subrayar las siguientes:

a) Condiciones de acceso.

Las características de la jurisdicción en la Edad Moderna, has

ta el período constitucional, traen su origen de la justicia medieval. Los jueces son esencialmente, y en sus diversos grados, delegados del Poder ~~mal~~ situados en las diversas localidades y en los diversos escalones jurisdiccionales para que "los súbditos encontrasen do quiera la protección de la Justicia". La directa e inmediata dependencia del Rey se manifiesta en que su nombramiento y destitución se debe como dice la Novísima Recopilación, ley 1ª, tit. 1ª lib. XI" - a nuestra mano (la del Rey) o por los reyes que después de nos vinian ren: porque aquellos que son llamados alcaldes o jueces ordinarios para librar los pleitos, no los puede poner otro, salvo los Emperadores o los reyes o a quienes ellos los otrogaren o diesen poder señaladamente (señorios jurisdiccionales)".

Este origen hace suponer lógicamente que, en la legislación española anterior al nuevo régimen, no se establecen criterios objetivos que determinen las condiciones de acceso de los jueces, sino que en ella se habla de cualidades: "personas leales y de buena fama y sin codicia, y que hayan sabiduría para juzgar los pleitos derechamente por su saber y por su seso: y que sean mansos y de buena palabra a los que vinieren ante ellos a juicio; y sobre todo, que teman a Dios y a los señores que les ponen y les dan el oficio..."(Ibidem).

Este estado de cosas, en el que los requisitos o condiciones para el cargo no se especifican de modo objetivo, perdura hasta 1.870, fecha de la LOPJ. Con anterioridad a este momento, se había expresado en varias exposiciones de motivos legales, tratados doctrinales, e incluso en preceptos de tipo procesal la necesidad de una regulación

general de varios temas referentes a la organización del poder judicial, entre los que descollaba precisamente el que ahora nos ocupa.

Los requisitos de nombramiento son unos de un carácter genérico: ser español mayor de veinticinco años, mientras que otros hacen referencia a la no inclusión de los candidatos en una serie de prohibiciones e incapacidades, a las que se refiere con detención la Ley, (art. 109, 110). Pero junto a ello, se establece asimismo la necesidad de que a partir de un determinado escalón de la jurisdicción, - los titulares deban ser letrados en Derecho. Este es un requisito - que arguye en favor de una concepción funcional autónoma, y no simplemente vicaria o sustitutiva del poder real, y aparece por primera vez en la legislación española en la organización de 1.812, y luego en la de 1.834, manteniéndose ya en adelante en nuestro Derecho como auténtica tradición.

Es ésta una importante innovación, no solo formal, sino como decimos, expresiva de una modificación de la concepción del poder judicial aún antes de que se produjera la restauración del constitucionalismo en España, en 1.837. Como señala SANTAMARIA, forma parte esta medida legal de un amplio conjunto de leyes y decretos tendentes a transformar, de modo discreto pero eficaz, los supuestos orgánicos de la judicatura, y los supuestos procesales de la protección jurídica, que devuelvan a España la situación inaugurada con la revolución liberal de 1.812 (183). Este elemento será objeto de adecuado examen en relación con el principio de idoneidad técnica que se considera específica.

Junto a ello, se establece por primera vez un sistema de selección para acceso a la judicatura: el sistema de prueba objetiva o - exámen, cuya más detallada regulación se contiene en la ley adicional de 1.882. Entre esas dos fechas, se produce una acentuación de la importancia del exámen científico, por encima de los certificados de aptitud que emitan las Audiencias y su carácter de certámenes públicos, como garantía de la especial imparcialidad que es necesaria en este tipo de funciones.

En todo caso, subsiste aún la institución de los Magistrados suplentes, que por sus características reviste los tintes de nombramiento discrecional no conforme con la filosofía global impuesta en la renovada organización del poder judicial, y las notas que acompañan a esta renovación (184).

Pero si es importante la objetivación de las condiciones de - entrada, mucho más lo es, la aséptica determinación de los sistemas de ascenso, y promoción de la Magistratura. La ley de 1.870, y, con más concreción aún, la adicional de 1.882, establece una serie de minuciosos supuestos para la provisión de los cargos en los diferentes escalones jerárquicos de la Magistratura.

La absoluta discrecionalidad había sido el principio rector - de estos nombramientos hasta 1.867, un año antes de la formulación de la ley de bases preparatoria de la ley Orgánica. El Decreto de - 13 de diciembre de 1.867 establecía ya los requisitos de antigüedad y ejercicio de la función requeridos para las promociones. Esta tendencia cristaliza de modo definitivo en las dos normas orgánicas referidas.

La impresión de estas normas es que aún se permite una gran - intervención del poder ejecutivo (el Gobierno) en esta materia. Había, sin duda, una serie de supuestos mínimos objetivos que deberían cumplir los nombrados, pero de entre los que cumplieran estas condi ciones, el Gobierno era soberano a la hora de escoger los nombres concretos, que significaría en la práctica la promoción de los más adeptos (185).

Respecto de estas medidas y de otras de carácter disciplinario o de enjuiciamiento de sus responsabilidades, la ley orgánica establece el sistema de autogobierno jerárquico, desde el Tribunal Supremo, en pleno o por Salas, las Audiencias con ambos mismos modelos, y las llamadas Salas de gobierno del Tribunal Supremo y Audiencias, que sustituyeron a las Juntas gubernativas de los Tribunales, creadas en 1.844, con muy parecidas funciones. Para el concreto punto - de los nombramientos de tipo discrecional, que con los automáticos, subsisten en las leyes de 1.870 y 1.882, estas Salas, constituidas con algún reflejo democrático, no tienen competencia alguna. Tales facultades se reservan, para los casos en que el Gobierno no ejerci te las que le corresponden, a los respectivos Presidentes, que son todos de nombramiento oficial (art. 137). Las consecuencias de este sistema en el que tan íntimamente se vinculaba al Poder judicial con el Gobierno son de fácil deducción. Ahora, lo que debe subrayarse - es la doble presencia de elementos objetivos (en una loable preocupa ción legal) junto a los subjetivos o subjetivistas, derivados de los evidentes poderes discrecionales de autoridades no judiciales en es tos imponentísimos temas, condicionantes de la independencia.

a.-Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones.

Al igual que en el tema de los nombramientos, en su doble faceta de acceso y ascenso, a que acabamos de referirnos, muchos textos legales -fundamentales y ordinarios- así como doctrinales, señalaban la necesidad de establecer las condiciones que no pudieran concurrir en los titulares de juzgados o tribunales para asegurar su neutralidad personal en garantía de la imparcialidad de sus decisiones.

Sin embargo, esta aspiración no cristaliza con una leve excepción en la Constitución de Cádiz (186) sino hasta el ya citado Real Decreto de 13 de Diciembre de 1.867, en cuyo art. 10 (187) se contemplan una serie de supuestos incompatibles con los candidatos al orden judicial, que se haya de proponer a la Corona, para su nombramiento. Estos supuestos son precisamente el núcleo de los que pocos años después se recogerán con mayor detención en la LOPJ (arts. 110 a 120). La primera prevención es de orden parental -con otros miembros de la magistratura- (188) o territorial, en evitación de las afinidades e inclinación hacia los propios connaturales (189). A este tipo de condiciones negativas, se unen pronto las derivadas de la equivocidad de conducta que puede suponer su relación con asuntos criminales. Tal relación era significativa simplemente por haber sido procesado y no condenado, y estar "absuelto simplemente de la instancia", así como el ejercicio de funciones de tipo político o mercantil (190).

El simple examen de estos supuestos indica la filosofía ética imperante en aquellos tiempos. Se considera que la obnubilación del recto juicio no podía sobrevenir p.e. por razones de tipo ideológico-

co, o por razones de parcialidad, por así decirlo, profesional, como se establecía en la Constitución de Cádiz, prohibiendo que magistrado de orden inferior pudiera conocer de asuntos ya fallados por él en instancia anterior, cuando por vía de recurso llegarán a tribunales superiores.

La abstención y la recusación.

En la legislación tradicional española, existía una amplia - regulación de los supuestos de recusación de los jueces inferiores. La ley de Enjuiciamiento de 1.855 establece novedades sobre esta institución, equiparando en esta circunstancia a los jueces inferiores con los superiores, y señalando limitativamente tales supuestos, frente a la práctica antigua de la recusación sin causa (art. 120 a 155).

Se trata de asegurar por este medio la necesaria imparcialidad del juzgador ante el peligro de que la malicia, la pasión o el error pudiera torcer el recto y objetivo criterio enjuiciador.

Existe además otra novedad en la legislación de 1.855, desarrollada después en la LOPJ y en la ley de Enjuiciamiento de 1.881, y es la posibilidad de recusar no sólo a los jueces, sino también a los demás intervinientes en los juicios, tanto civiles como penales. (arts. 140 y ss, subalternos: 303, § etc.).

Por último, resulta de suma importancia que esta institución puede ser ejercitada por los jueces, a su propio impulso, esto es, bajo la forma de abstención en el conocimiento de un asunto, según

establece la LOPJ, y la ley de Enjuiciamiento de 1.881, en una innovación sobre la legislación anterior.

2.-La independencia orgánica (191).

Como indicábamos más arriba, se trata de considerar, bajo este epígrafe, los motivos que puedan empañar la objetividad de los jueces en su misión, por razones que influyan en su particular juicio y que provengan de los peligros, temores o injustificadas esperanzas de beneficios, que pudieran provenir no de hechos o personas particulares, sino de las constituidas en poder. Los sistemas que aseguran esta independencia deben arbitrase fundamentalmente en torno a dos poderes el ejecutivo, y el propio poder judicial, en lo que se refiere a su organización jerárquica.

a) Independencia frente al Poder ejecutivo.

La independencia de los jueces respecto del poder ejecutivo necesita protegerse en dos frentes: en la prohibición de la ingerencia del dicho ejecutivo en los asuntos sometidos al conocimiento de la jurisdicción; y por otro lado, en la prohibición al mismo poder de realización de medidas de carácter general o particular que afecten a los miembros de la magistratura.

Las Constituciones reflejan una explícita preocupación sobre estos temas, desde la Constitución de Cádiz, que lo hace de modo mucho más extenso y radical que todos los demás textos fundamentales del XIX, a excepción quizá de los de 1.869 y 1.873. Y son los dos -

aspectos de esta independencia, esto es, la prohibición al ejecutivo de juzgar, y la prohibición de legislar de modo general o de actuar en casos concretos los que se reflejan, sobre la situación de los jueces. (arts. 243, 245 y 246).

La legislación ordinaria recoge asimismo esta filosofía, no sólo en las épocas radicalmente constitucionales, sino también en momentos de una cierta mitigación del absolutismo.

Así en 1.834, y respondiendo a la política que ya hemos subrayado con SANTAMARIA, de efectiva, aunque discreta, transformación de la jurisdicción, por obra y gracia de los liberales, el Real Decreto de 21 de Marzo establece una serie de interesantes reglas para la independencia de los Tribunales, cortando las abusivas prácticas que suponen "las instancias que se me dirijan por cualquiera de la Secretarías de Despacho, sobre la justicia o injusticia de pretensiones o negocios que se hallen pendientes en los Tribunales" - (art. 1). De todas maneras, se reconoce, en la propia Exposición de motivos del Decreto, que existe y no debe menoscabarse la "protectora vigilancia que corresponde al Gobierno" sobre la jurisdicción.

Esta orientación, aún embrionaria, ya estaba presente en la mente de un antiguo absolutista, como era GODOY, que, en sus "Memorias críticas y apologéticas del Reinado del Sr. D. Carlos IV" (cuya cita debo a la amabilidad y ciencia del Prof. GONZALEZ-DELEITO), aboga por una separación orgánica del departamento ejecutivo de Justicia respecto de los Tribunales, que deberían ser sometidos jerár-

quicamento de modo exclusivo al Consejo de Castilla, reformado para asumir las tareas de una especie de "Haute Cour" del tipo imperial francés.

A partir de 1.837, se consagra la exclusividad de la intervención de Tribunales y Jueces en la función judicial, y desde poco antes, esto es, desde 1.835, se había descargado en los Tribunales jerárquicos superiores la vigilancia de la correcta aplicación de la justicia, con los problemas que ello comporta y que habremos de examinar después. Sin embargo, subsiste aún la práctica de las "esquelas suplicatorias" de los miembros de la administración, que se prohíbe, bajo estrictas medidas disciplinarias, en 1.853. (192).

Por otro lado, y de modo continuado desde aquella misma primera fecha constitucional, se establece la reserva de ley para todas las medidas de carácter general, que supongan determinación de Tribunales y Juzgados, organización de cada uno, así como las facultades, el modo de ejercerlas y las calidades que habían de tener los individuos. (193).

Como contrapartida e inaugurando una tímida vía jurisdiccional difusa de control reglamentario de la Administración, la Constitución de 1.869 exige la legalidad de los reglamentos, para que estos puedan ser aplicados por los Tribunales, en precepto paralelo al que exige el cumplimiento de las condiciones constitucionales para el nombramiento de los Jueces y Magistrados (art. 92).

Todas estas normas son finalmente recogidas en la Ley Orgánica

del Poder Judicial, en sus conocidos arts. 6 y 7, de enorme valor doctrinal y político y que deberían permanecer como auténtica conquista legal española en las leyes orgánicas futuras (194).

De todas maneras, siendo tan importantes estos temas, el que más define la relación poder judicial o jueces y poder ejecutivo es la institución de la inamovilidad.

La inamovilidad consiste, como sabemos, en la prohibición de - destituir, suspender o trasladar a los jueces o Magistrados, si no es en virtud de actuaciones judiciales, legalmente determinadas y - con arreglo a formalidades y garantías explícitamente señaladas.

La inamovilidad es uno de los principios más cuidadosamente - expresados en los textos constitucionales, tanto nacionales, como - extranjeros y perfectamente compatibles con la limitación temporal con que alguno de los puestos jurisdiccionales podían ser establecidos por la ley, o el mismo carácter electivo de estos cargos (195).

Existe, sin embargo, una curiosa orientación doctrinal, en la Francia de 1.848, -época de grandes transformaciones políticas- en contra de esta institución, que aunque consagrada en el texto fundamental de ese año (art. 87) se vió en algunos casos limitada por - concretas medidas de la autoridad ejecutiva responsable de la Justicia, precisamente con la intención de desposeer de sus funciones a personas manifiestamente no adictas al nuevo régimen instituido en esas fechas. La inamovilidad triunfó en todo caso, y ni los ataques de los absolutistas, ni los de los "falsos" progresistas significa-

ron más que una profunda discusión de la que está institución salió notablemente reforzada (196).

De todas maneras, en épocas anteriores a la constitucional, este derecho de los jueces y magistrados, garantía de su independencia orgánica, se había concebido de forma un tanto extrema, como imposibilidad de establecer limitación temporal en ningún caso en la permanencia en este tipo de funciones. Contra ello se alzó el sistema de elección de los jueces, como remedio directo, y como indirecto la amplia admisión del arbitraje y la conciliación -instituciones cuya consagración constitucional no puede entenderse sin este antecedente-, precisamente por la visión conservadora de la antigua magistratura, que había accedido a ella por medio de la compra de los cargos, y cuya concepción patrimonialista fué dejando poco a poco -sitisio a la de función pública, más en consonancia con su auténtica significación.

La inamovilidad se introduce en España en la época constitucional de 1.808-1.812. Todas las normas constitucionales subsiguientes, desde 1.837 hasta 1.876, pasando incluso por los más reaccionarios proyectos, la mencionan, y prometen, en la mayoría de los casos, una más detallada regulación por medio de la ley ordinaria.

Esta regulación orgánica no se produce , en realidad, hasta -1.840, por la Real Orden de 16 de octubre, firmada por el Duque de la VICTORIA. El dudoso cumplimiento de esta norma nos viene sugerido por la razón de que ocho años después, otra Real Orden de 23 de

febrero establece que, en adelante, no significará perjuicio a funcionario de orden judicial los motivos políticos "por que hubiese - sido suspenso o separado, y dando a los que se hallen en tal caso - preferencia en la provisión", junto con un proyecto de completa regulación de la inamovilidad.

La regulación por extenso de estas normas, continuadamente re petidas por los textos constitucionales, no se produce hasta 1.870, en la Ley Orgánica que recoge con toda detención los supuestos y mo dos de proceder en los casos de violación de la inamovilidad, con - una cuidada expresión de los motivos que a ello pueden inducir a la autoridad correspondiente (arts. 9 y 221 y ss LOPS).

De todas maneras persiste aún una institución poco acorde con el espíritu que se respira en toda la ley, y que ha perdurado hasta nuestros días, y son las causas de traslación, que no responden exac tamente a los supuestos de acaecimiento de alguna de las causas de incompatibilidad o prohibiciones. Entre estas estarían las discre- cionales facultades de las Salas de gobierno de las Audiencias o del Tribunal Supremo, respecto de jueces o magistrados de orden inferior. (nº 2 del art. 235 de la L.O.P.J.).

b.-Independencia frente a las facultades disciplinarias de los
órganos jurisdiccionales superiores.

Durante todo el antiguo régimen y en las épocas en que tal sig tema político pervivió en el siglo XIX, tanto peligro supusieron las ingerencias del ejecutivo en los jurisdiccional, como las que los -

jueces y tribunales inferiores sufrieron de los superiores, en lo - que se refiere a la materialidad y contenidos de las causas que legítimamente estaban atribuidas a tales órganos inferiores.

Con excesiva frecuencia se producían actuaciones de los órganos superiores con la intención de modificar o avocar para sí enjuiciamiento de asuntos que correspondía conocer a los inferiores, sin que se tratara de apelación o instancia subsiguiente, y desde luego, - excediéndose en las facultades disciplinarias. Todo ello suponía de hecho una auténtica suplantación de funciones, y en casos señalados, una flagrante violación del principio de la cosa juzgada.

Esta viciosa práctica pudo originarse, ya dentro del siglo XIX, en las facultades otorgadas especialmente a las Audiencias por la - Constitución de Cádiz, y luego repetidas y concretadas por la ley de arreglo de Audiencias y Juzgados de ese mismo período. En ellas se encargaba de la vigilancia de los asuntos de que estuviesen conociendo los Juzgados a los órganos jurisdiccionales superiores. La finalidad de esta medida, que se articulaba en la práctica por medio de periódicas comunicaciones a la Audiencia de los negocios contenciosos o criminales, que se estuvieran conociendo en los Juzgados, era la de agilizar tales enjuiciamientos, y luchar contra la lacra de - retrasos en la administración de la justicia (197).

De esta facultad, a la que habremos también de referirnos después, se pasó a lo que el Reglamento provisional para la administración de la justicia de 1.835, prohíbe en su art. 59, esto es, "avocar

causa pendiente ante juez inferior en primera instancia, o entremeterse en el fondo de ellas cuando promuevan su curso o se informen de su estado, ni pedírsela aun "ad effectum vivendi", ni retener su conocimiento en dicha instancia cuando haya apelación de auto interlocutorio, ni embarazar de otro modo a dichos jueces en el ejercicio de la jurisdicción que les compete de lleno en la instancia expresada". Este precepto se repite igualmente, en el texto que glosamos, referido al Tribunal Supremo de España e Indias.

Esta disciplina se mantiene durante todo el siglo XIX, sin que aparezcan, al menos por lo que a medidas legislativas o reglamentarias se refiere, ninguna norma que contradiga lo antedicho. Es mas, en 1.844, aparece un curioso Decreto, en el que se ordena cumplir escrupulosamente las solicitudes de los Tribunales superiores, cuando, éstos soliciten autos, o expedientes fenecidos o terminados, por razones del enjuiciamiento de los asuntos sometidos a su superior jurisdicción (198).

La definitiva consagración legislativa de esta doctrina la recoge el art. 4º de la L.O.P.S. en la que se prohíbe incluso "aprobar, censurar o corregir la aplicación o interpretación de las leyes, hechas por sus inferiores en el orden jerárquico, sino cuando administras justicia en virtud de las apelaciones o recursos que las leyes establezcan".

Lo que sí se establece desde un principio por la legislación jurisdiccional es la vigilancia de los organismos superiores sobre los

inferiores en orden a una recta y rápida administración de la justi
cia, con aparición de la corrección disciplinaria, aún subsistente
en nuestro sistema legal.

Este tipo de intervención de los superiores jerárquicos conlleva un gran peligro de violación de la independencia judicial, por lo mismo que los correctores -por vía de su nombramiento, al que nos -
hemos referido más arriba- no gozan a su vez de la independencia que fuera deseable (199).

¿De dónde proviene este peligro, que de hecho se ha denunciado en los abusos de avocación improcedente de causas? Fundamentalmente del hecho de que hasta 1.870 no se distingue entre dos tipos de actuaciones disciplinarias. Aquellas que deben justamente desple
garse en los casos de comisión por parte de jueces y magistrados in
feriores de hechos contrarios a las expresas prohibiciones de la ley o a la necesaria rectitud de costumbres que por su misión deben observar tales funcionarios. Junto a aquellas, se encuentran las que la Constitución de Cádiz, y la legislación posterior de 1.822, 1.835, 1.836, 1.844 y 1.846, formulaban como necesarias para el recto y di
ligente curso de los asuntos judiciales.

A este segundo tipo de medidas pertenecen las llamadas "listas, informes y noticias que se estimen necesarias respecto a las causas civiles y criminales fenecidas y al estado de las pendientes, previ
niéndoles lo que convenga para su mejor y más pronta expedición, y cuando haya justo motivo (que no se especifica), censurarlos, repre
nan

derlos, apercibirlos, multarlos y aún formarles causa, de oficio o a instancia de parte, por los retrasos, descuidos y abusos graves - que notare". (artos. 276 y 277).

Por medio de este arbitrio, y aún prohibiéndose las prácticas que exageradamente se quisieron deducir de las prescripciones legales que acabamos de reseñar, y que explican aquellos abusos de modo indirecto y muy difícilmente detectable en la práctica, se produjo durante todo el siglo XIX, hasta 1.870, una importante disminución de la independencia judicial, en cuanto a la materialidad de las resoluciones jurisdiccionales.(200).

Todas estas prácticas, como ya hemos dicho, terminaron prohibiéndose de modo global, en el precepto de la L.O.P.J. que hemos transcrito, tanto las medidas directas como las indirectas que enturbaban la transparencia del principio que venimos comentando.

3.-La responsabilidad de jueces y magistrados.

En un excelente artículo del prof. ALMAGRO(201), se expone la importancia histórica de este tema, muy ligado en la práctica al de la independencia que acabamos de estudiar en su doble vertiente. En él se señala asimismo, el valor que tiene el estudio de los antecedentes históricos de su actual regulación que "permite, en ocasiones, el hallazgo de directrices representativas de una singularidad propia" (202). Entre ellas, se encuentra, sin duda, la importancia de esta institución como medio de garantizar adecuadamente la rectitud del enjuiciamiento, y la protección de los justiciables frente a los abu

tos del poder: que, como venimos subrayando a lo largo de todo este trabajo, supone la eficaz protección de la libertad y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Como allí se dice, "corresponde al movimiento constitucional moderno (otra nueva confirmación de las profundas y auténticas raíces políticas de los procesos) la fijación del principio de responsabilidad, en todas sus posibles vertientes, con rango normativo adecuado". Sin embargo, continua el prof. ALMAGRO, y confirmando una vez más nuestra tesis, "entre la proclamación solemne, y la efectiva regulación, suele mediar una diferencia temporal notable. Así en España, pese a que ya la Constitución de 1.812 había establecido la base jurídica de la responsabilidad judicial, hasta 58 años más tarde no se consiguió el desarrollo legislativo que permitiera su exigencia". (203).

Clasifica el prof. ALMAGRO, los textos constitucionales que se refieren a este extremo en aquéllos que "refieren la responsabilidad a la falta de observancia de "las leyes que arreglan el proceso". - Así ocurre con la Constitución de 1.812, que también regula la acción popular contra los actos delictivos de los jueces. El autor matiza esta afirmación poniéndola en relación con los problemas de la independencia de los jueces, y que acabamos de examinar; habla en segundo lugar, de las Constituciones "que aluden, sin distinción, a la responsabilidad personal del juez por toda infracción de ley que cometan.": Constituciones de 1.837, 1.845, 1.856, 1.869 y 1.876. Tal es la clasificación de los textos del siglo XIX (204).

Pasa luego a estudiar el trabajo la responsabilidad civil en las leyes ordinarias, que conoció como vamos a ver un más rápido - desarrollo en nuestra legislación. Estudiemos ambos tipos.

a) La responsabilidad civil.

El antecedente más remoto de esta responsabilidad es la Instrucción de 1.853 del Marqués de GERONA, sometida por razones, que en su momento hemos tratado de elucidar, a una "conspiración del silencio" de que habla ALMAGRO. No cabe duda que tal negativa actitud responde precisamente a la dureza con que el texto de CASTRO Y OROZCO trata al estamento judicial, y del que es buena prueba esta institución. Su artículo 75 formulaba este principio de responsabilidad, del que se excluían las sentencias correspondientes al recurso de nulidad, y también todas las actuaciones jurisdiccionales que no fueran exactamente fallos definitivos (205).

La ley de 1.855 no se ocupa de este tema, y lo que es más curioso no se echa de menos su tratamiento por tratadistas como CARAVANTES (citado por ALMAGRO) (206), ni por otros autores como NOUGUES o GOMEZ DE LA SERNA.

La responsabilidad civil en toda su extensión se regula en la L.O.P.J. de 1.870 y en la ley de Enjuiciamiento civil de 1.881 (207).

La justificación de este instituto se expone con toda claridad por ALMAGRO de modo coincidente con el enfoque y filosofía de nuestro trabajo. Subrayamos a este respecto la importancia que en este caso

límite del derecho juega la justicia con la seguridad, el segundo - de los grandes valores del Derecho, en el sentido de que este tipo de responsabilidad no puede afectar en nada al principio de la san- tidad de la cosa juzgada (208).

La regulación concreta de esta responsabilidad en cuanto a - los hechos-tipo supuestos de la reclamación alcanza no solo a las sentencias, sino también a otras actuaciones jurisdiccionales, aunque para las primeras bastará la existencia de una general infracción - de la ley por ignorancia y negligencia (contra el sistema de Cádiz reducido expresamente a las procesales), y en las segundas, una in- justicia manifiesta de la resolución. (209).

b) La responsabilidad penal.

Su regulación constitucional es paralela a la civil. Las espe- cialidades más característica son las que respecto a la acción penal contienen las de 1.812, 1.869 y 1.873 en el sentido de una admisión de la acción popular, a la que nos hemos referido (arts. 255, 98 y genericamente el 22, respectivamente).

La legislación ordinaria sobre esta materia, hasta la especí- fica contenida en la L.O.P.J., se encuentra en los Códigos Penales, como ocurre después de 1.870, en que coexisten la regulación material del Código (arts. 361 a 368), la ley Orgánica (artos. 245 a 249) y la ley de Enjuiciamiento criminal (arts. 757 a 778). Lo que, hasta esta fecha, no se ha planteado aún es la regulación procesal y las especificidades que ahora existen como es el llamado "antejuicio".

Los Códigos de 1.820, 1.848, 1.850, y 1.870, así como algunos de los proyectos contemplaban, bajo la tipología penal de prevaricación, a los jueces que pronunciaren sentencia manifiestamente injusta (art. 361 a 366), o en el caso del texto de 1.870, incluso la providencia interlocutoria (art. 367). Asimismo en este texto se amplía el supuesto incriminador a que el hecho fuera inducido no sólo por la manifiesta conciencia, sino también ignorancia o negligencia calificada, que constituiría una modalidad penal culposa (art. 605, 3ª).

En cuanto a los supuestos procesales, la más importante innovación es la institución del antejuicio, regulado en las leyes de Enj. de 1.870, y 1.882, y L.O.J.P. de 1.870 y adicional de 1.882 (210).

4.-Idoneidad técnica.

Como se señala por MONTERO AROCA, el problema de la idoneidad técnica del juez tiene dos aspectos. Se trata por un lado de un creciente movimiento en favor de la existencia del "juez letrado", y - por otro, la compleja institución del jurado. A ambas cuestiones hemos de hacer referencia en este trabajo (21).

La aspiración al "juez letrado" es una de las que se pone de manifiesto en el Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz, en la que, aunque se mantienen jueces de carácter inferior no letrados con misiones muy concretas y recortadas, se trata de extender aquella institución en garantía de la imparcialidad y más eficaz impartición de la justicia.

En esas mismas líneas dedicadas a los jueces, se indica así mismo la desventaja del juez elegido -institución muy querida a los revolucionarios franceses puesto que, si bien los acerca por el modo de acceso a los propios justiciables, hace muy difícil la gestión -diligente de los asuntos propios de la función (212).

Las razones de la subsistencia de tales "alcaldes", luego jueces de paz o jueces municipales, se justifica fundamentalmente por la imposibilidad económica para el Estado de atender a las necesida-des de la exclusividad de la función (213). En Francia, sabemos que existe otra razón de tipo político que hace mirar con cierta desconfianza a los "jueces profesionales", y es su indudable inclinación política conservadora. Esta razón hace mantener los jueces de paz y fomentar el arreglo de las cuestiones por las vías del arbitraje y la conciliación, competencia de estos jueces, del modo ya señalado más arriba (214).

La subsistencia de toda esta complicada tipología de órganos -jurisdiccionales unipersonales: jueces de paz, alcaldes, y jueces letrados de primera instancia se consagra en la normativa reglamentaria de 1.835-1.836, y se mantiene en el Reglamento de 1.844 -aunque este sólo regule formalmente los de primera instancia-, en el Real Decreto, de 1.855 que suprime los alcaldes, como órganos jurisdiccionales, refundiendo sus facultades con los jueces de paz. Tales jueces se -convierten en jueces municipales en la ley de 1.870.

El art. 122 de este ley recomienda que, incluso para este cargo, deberán ser elegidos preferentemente los letrados con aptitud -

que los que no lo fueren. Este tipo inferior de jueces, los de paz, vuelven a parecer en el mismo año de 1.870, por Orden de 30 de septiembre, asumiendo las tareas que la L.O.P.J. atribuía a los municipales, con las mismas recomendaciones que en esta se hacía sobre idoneidad técnica.

La justificación que en definitiva se da a esta lenta pero - inexorable aspiración se concreta esencialmente en el principio de legalidad. Si los jueces tiene que ser fieles servidores del Derecho, es necesario que, para su correcta aplicación y seguridad de - los ciudadanos, sean doctos en él. Desde 1.812, la conexión entre - idoneidad técnica y garantía de los derechos de los particulares no ha sido puesto en duda jamás.

5.-La institución del Jurado en el siglo XIX.(215).

Frente a la existencia de una exclusividad jurisdiccional por parte de los jueces de carrera se planteó a lo largo del siglo XIX, y por razones coyunturalmente políticas, la alternativa del juicio por jurados reservados especialmente a los asuntos penales, y más - concretamente a los delitos cometidos por la Imprenta.

La existencia de razones políticas han llevado también hoy - en día a defender esta institución por sectores progresistas de nuestro espectro político. Estimamos que el breve análisis de esta institución en este trabajo puede concluir en su no necesaria vinculación con la más acertada defensa de los derechos de los particulares. Resulta en todo caso muy significativo, que el jurado, esto es, un ti

po de organización procesal, constituye un auténtico caballo de batalla técnico introducido en la política, y que precisamente su escasa probidad como instrumento procesal en España se haya debido a su manipulación por razones políticas (216).

Existen, como decimos, aspectos puramente coyunturales en la larga batalla ideológica española de aquel siglo que arguyeron en su defensa. Comprobada su ineficacia, veremos en muchos casos a antiguos defensores de la institución convertidos en sus propios destructores.

La justificación del jurado por la razón de la necesaria y be neficiosa intervención de los ciudadanos en la administración de la justicia, confunde lamentablemente el plano del efecto por el plano de la causa, en un tropo ideológico de grandes magnitudes. La au téntica intervención de los particulares en la justicia se centra precisamente en las posibilidades de acceder a ella, en la facilidad de ejercitar las acciones que mejor defiendan sus intereses persona les o comunitarios, en la cercanía de los órganos y procedimientos jurisdiccionales: su baratura, rapidez y eficacia, más que en la con versión en jueces, por un mimético reflejo de los resortes del poder legislativo y sus principios específicos en el judicial. Construir éste de alguna manera a imagen y semejanza mecanicista de aquél no será sino un error simplificador.

El jurado es un instrumento técnico, y lo políticamente correcto será utilizarlo cuando técnicamente se pueda dar razón de la existencia de las condiciones objetivas propias que lo hagan eficaz, co

mo ha ocurrido con éxito indudable en determinados países y sistemas jurídicos. Procurar su instauración, cuando estas condiciones no se dan, no es sino una manifestación aberrante de voluntarismo político. Los instrumentos técnicos son buenos para la política cuando se utilizan de acuerdo con sus propias reglas, y no cuando se fuerzan, en virtud de reglas heterónomas y extrapoladores, su aplicación por razones puramente coyunturales.

A esta conclusión han llegado auténticos expertos en esta materia, cuya mentalidad progresista y democrática está fuera de toda duda. Ahora, hemos de considerar que la historia también lo confirma.(217).

En efecto, en España, los legisladores de Cádiz consignaron - ya en el art. 307 de la Constitución que "si con el tiempo creyeran las Cortes que conviene que haya distinción entre los jueces de hecho y de derecho, la establecerán de la forma que la juzguen conveniente". Tales legisladores, atendiendo precisamente a la necesidad de que se cumpliesen determinadas condiciones -aquéllas que habían sido la clave de su éxito en Inglaterra, y los Estados Unidos de - America- consignaban en este artículo y en el preámbulo de la Constitución, su esperanza de que algún día se plantearía en España- es ta institución, que consideraban saludable y liberal. En todo caso estimaron que era difícil, trascendental y arriesgado hacer tan gran revolución en nuestro modo de enjuiciar. Los padres de Cádiz, con ma yor clarividencia que muchos de los progresistas que luego vinieron e hicieron de esta institución bandera política, tenían muy en cuen ta multiplicidad de cuestiones que era necesario aclarar antes de su

implantación. Para ellos, eran entre otras: los apuros y agitaciones de una convulsión política -y que fué el siglo XIX, sino una continuada agitación-, por un lado; y por otro, y ésta es la más importante, por no ser puramente coyuntural, que el espíritu público y la opinión general de la Nación estuvieran dispuestos para recibir sin violencia una novedad tan sustancial (218).

En el mismo párrafo de la Exposición de motivos, se aduce que este tipo de jurisdicción no es nueva en España, y como ejemplos se citan una cláusula del fuero municipal de Toledo, y la práctica coetánea de un curioso sistema de escabinato en las islas Baleares. Las razones a favor del jurado son, para la Constitución de Cádiz, la confianza que puede dar el no tratarse de jueces perpetuos, el temible espíritu de cuerpo de los tribunales colegiados (curiosa mención de una de las mayores tentaciones que tiene el poder jurisdiccional para hacerlo inmune a garantías de independencia tales como la responsabilidad), y en fin, el nombramiento por parte del Gobierno de los jueces.

En efecto, los antecedentes, y muchas de las ventajas alegadas son tan lúcidas como coyunturales. Sin embargo, a lo largo del siglo XIX, se iniciarán movimientos para que nuestro poder judicial se vea libre de las lacras y temores que argüían en favor del jurado, sin una mecánica necesidad de implantarlo.

Años después, en 1.820, Las Cortes, en virtud de proposición del diputado Marcial Antonio LOPEZ (219), trataron con mucha intensidad la cuestión de si era oportuna entonces la implantación del -

Jurado conforme al citado artículo constitucional. La opinión unánime fué la expresión de un deseo de llegar cuanto antes a ver ensayado entre nosotros este sistema de enjuiciar. De todas maneras, nuevamente se aplaza su introducción cediendo a la constitución de MARTINEZ DE LA ROSA. La influencia doctrinaria se impone una vez más, y no tanto por razones de tipo técnico, que son las que habían hecho adoptar esta espera en Cádiz, sino también por razones de orden político, esto es mantener -de acuerdo con los conceptos ideológicos de los moderados- un ritmo paulatino en la implantación de los avances políticos. No se discute la propia entidad de la institución, -sino que se arbitra el sistema de probar su eficacia utilizándolo en los casos de delitos cometidos por medio de la Imprenta. Así se trataba "de ensayar cómo se aclimatava esta planta extranjera en nuestro hermoso suelo". Las figuras retóricas, parejas a los desconocimientos históricos son muy propios de aquellos políticos.

Con ocasión de la discusión de la ley de libertad de Imprenta, se plantea frontalmente la cuestión del jurado (220). Y en este punto ya aparecen curiosas posturas personales, que no cuadran exactamente con la alineación que por un ligero exámen, nos han hecho concebir algunos analistas del XIX.

Ni son sólo los progresistas los que defienden el jurado: véase por ejemplo la defensa que hace de él MARTINEZ DE LA ROSA (221), matizada por sus planteamientos ideológicos personales. Esto es, que la lista de jueces de hecho -supuestas una previas condiciones censitarias, que no se admitieron luego en la discusión- se nombran por el Ayuntamiento constitucional, en una vinculación con el poder que no pudieron deshacer los ingenuos liberales juradistas.

No por el contrario, son todos los progreistas los que defienden este sistema: en este sentido es famosa la oposición de el nada sospechoso de integrismo CALATRAVA, razonada con argumentos muy parecidos a los empleados en Cádiz; una introducción indiscreta de este sistema puede producir efectos tan contrarios al respecto por la libertad que lo hagan a la larga aborrecible por su mal uso, no por su propia virtud, cuando se trata de introducir en un tema tan complicado y difícil como es el juicio de las ideas, y continúa: "Yo limitaría el ensayo, por ejemplo, a los crímenes de asesinato, homicidios, robos y salteamiento de caminos y otros de igual clase, porque en estos hechos todos los ciudadanos se interesan en que no queden impunes los delincuentes, y todos los que tengan una sana razón puede juzgar, con probabilidad de acierto, si son o no suficientes las pruebas, si está o no convencido el acusado....pero, confiar "la calificación de los hechos más difíciles a unos hombres cualesquiera elegidos por los Ayuntamientos...¿no es ciertamente aventurar la libertad de imprenta comprometer la del ciudadano...?". Por lo demás, afirma, es tan diversa la regulación del jurado en esta ley, de la establecida en Inglaterra, que nos ocurrirá lo que en Francia, donde sólo tienen de Jurado el nombre, que esta institución se desacreditará para siempre (222).

Lo que en realidad ocurrió fué efectivamente que los Jurados se desacreditaron no tanto por su liberalidad, sino por su absoluta inoperancia. Los moderados que pensaban haber dominado este sistema -como lo habían hecho los franceses- se encontraron que por pura desidia, no resultaban eficaces para contener los indudables abusos de

la prensa, tanto reaccionaria como radical. Ella prueba su inanidad, más que cualquier argumento (223)

El remedio moderado es acentuar la represión ante tal fracaso. En 1.822, por medio de la ley adicional de Imprenta, no se purifica el sistema, sino que se manipula aún más, especialmente en el sistema de elaboración de las listas de jurados, en las que interviene - con mayor peso el poder central.

Los progresistas se dividen, y mientras unos centran su atención en la indisimulable desconfianza frente a los Jueces -que como decía ROMERO ALPUENTE "muchos son tan enemigos de la Constitución, como los facciosos mismos" (224)- inclinándose a favor del "Jurado", otros como CALATRAVA mantuvieron que, con una regulación así, lo mejor es renunciar al sistema.

Las leyes se aprobaron, y se ensayó, como decimos, el Jurado hasta 1.823.

Esta bandera política volvió a airearse, y precisamente en torno a los delitos de imprenta, en cada uno de los bandazos progresistas de 1836, 1854 y 1864. Por el contrario, cada vuelco moderado suponía inmediatamente la supresión de la institución aunque fueran - ellos sus introductores legales a los que había escapado de las manos el invento. En todo caso nunca su sistemática llegó a ser la que cabía esperar que fuera realmente eficaz.

La Constitución de 1.869 aborda por primera vez de un modo al

go tímido la extensión de la institución. Se habla en su art. 93 en tiempo futuro, y se limita a los delitos políticos, abriendo una puerta al enjuiciamiento de los comunes que la ley determine (225). Las discusiones en torno a este precepto dividen readicalmente a la Cámara, y no en dos sino en tres grandes corrientes de opinión: los que desean la inmediata entrada en vigor de esta medida legislativa (SALMERON, RODRIGUEZ SEOANE), los que proponen una lenta introducción - (OLOZAGA, que sin embargo había mantenido una cerrada defensa de la inmediata aplicación de la institución en la discusión del proyecto de 1.856), y los que se oponen totalmente al proyecto (sector más - integrista de los moderados).

Las razones de los impacientes eran que no fuera a ocurrir en aquella hora lo sucedido en épocas anteriores, en que el Jurado no se extendió a los delitos que no fueran los de Imprenta. Las razones de OLOZAGA recogen las que a lo largo de este capítulo hemos - reiterado. "Se aplicó el jurado (en los tiempos pasados) a los delitos de imprenta, verdaderamente la materia más delicada y difícil para hacer un ensayo; y las consecuencias, que no siempre fueron buenas, causaron cierto desfavor en la opinión, y han sido la principal causa de que se haya retardado el establecimiento del Jurado, de que se haya formado una escuela contraria a él". El diagnóstico es acertado, aunque no denuncia la habilidad de quienes manipularon la institución para desvirtuarla y hacer de ella una caricatura y así suscitar su desprecio (226).

El proyecto de Constitución de 1.873 -después de la ley de 1.872 en que introducía esta práctica para determinados delitos graves-, -

no sólo extiende el jurado a todo tipo de delitos, sino que proyecta la constitución de un Tribunal municipal, que sustituyera al juez de paz en todas las competencias referentes a faltas, juicios verbales y actos de conciliación.

La ley provisional de 1.872 anticipaba esta regulación: el Tribunal del Jurado, según esta norma, conocía exclusivamente de las causas por delitos castigados con penas superiores a la de presidio mayor, los cometidos contra la ley electora, así como los cometidos por la imprenta, grabado, o cualquier otro medio mecánico de reproducción (227).

Pronto surgió un movimiento anti-juradista que se manifestó - en primer lugar, en el año, 1874, con la medida gubernativa de proceder a una encuesta en torno a los más importantes puntos sobre el Jurado (228). Como consecuencia de tal encuesta un año después se derogó la parte de la ley provisional de 1.872.

Los Tribunales de Derecho volvieron a desempeñar las funciones de los Jurados, acomodándose al procedimiento escrito, aunque se considerara tal sistema como interino, subsistente tan sólo hasta que las Cortes con el Rey estableciesen otro más acomodado a las exigencias de la justicia penal y a los adelantos del procedimiento.

La cuestión de los Jurados adquirió nuevamente un subido tono político, convirtiéndose en bandera ideológica, que empeñaba la transparencia de su posible análisis técnico. Un año después de la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento penal, que para nada se re-

fiere a este tema, el Ministro ROMERO GIRON presenta a las Cortes, a través del Senado, un proyecto de ley, que sólo obtuvo la aprobación de la alta Cámara, naufragando en el Congreso (229).

Tres años más tarde, en 1.888, se logra aprobar otra ley que pone en práctica la institución del Jurado. El Ministro que presenta la ley y consigue su aprobación es ALONSO MARTINEZ. El mismo que seis años antes había señalado en la Exposición de motivos de la ley rituaría penal, que "El Gobierno de V.M. tiene tal confianza en la aptitud especial y las condiciones privilegiadas de nuestra raza, que espera será breve el aprendizaje, no tan sólo en la aplicación de esta ley, sino en la obra aún más delicada de compartir con los Jueces la misión augusta de administrar justicia como Jurados; y que muy pronto el ciudadano español demostrará que es digno de gozar de las mismas ventajas que poseen los extranjeros".

La ley es, sin embargo, mala. Lo reconocen así, no sólo los actuales comentaristas de esta pieza histórica, sino los mismos coetáneos (230). Los principales puntos de crítica son tanto los indudables errores técnicos, que convierten a la institución en "clasista y complicada", como la falta de formación jurídica de los que deben aplicarla, la convirtieron en un instrumento inservible. La leñidad de los que forman parte de los Jurados, y las frecuentísimas abstenciones y recusaciones de sus miembros, a veces por causas fútiles o inexistentes hicieron de esta norma el blanco de continuos proyectos de reforma, que si bien nunca llegaron a cristalizar (231), acabaron con ella en la segunda década de nuestro siglo.

La realidad es que, junto a los argumentos negativos, no se levantó ninguna voz en su defensa, si no es la de Francisco de Asís -PACHECO, que formó parte de la Comisión encargada de su redacción, en una obra, curiosamente prolongada por el Ministro que la patrocinó, ALONSO MARTINEZ, y que como señala FAIREN, no hace otra cosa en tal introducción que criticarla en un tono velado, pero cargado de intención. Hasta ese punto llegaba su imperfección técnica.

Lo más triste de todo ello es que la última razón de su existencia era ahora la misma que hemos venido denunciando en todo este capítulo, y que se ponía de relieve -al tiempo de su discusión y sin que hubiera entrado aún en vigor- el profundo sentimiento de que el poder judicial no era a la sazón lo libre e independiente de las presiones políticas que era de desear. "No se asusta y alarma la opinión ilustrada del país con el anuncio del próximo planteamiento de esta popular institución (el Jurado); y es sin duda, porque, aparte de las razones que la abonan, han ido sucesivamente perdiendo en prestigio y consideración los Tribunales, sin que pueda decirse que se deba este resultado al proceder del digno e ilustrado personal de nuestra Magistratura, que ni se deja influir por otros poderes, como acertadamente ha dicho el Sr. Ministro, ni ha perdido aquel concepto que siempre tuvo de moralidad, de integridad y de pureza".

"Pero justo es decirlo, es fatal la intervención de la política en la justicia, siquiera la intervención no sea directa; y desgraciadamente, no por sí, sino por culpa de los Gobiernos, no tienen -nuestros dignos y probos magistrados el concepto que se merecen de ser severamente independientes". (232).

Esta es la auténtica razón de la instauración del Jurado, no la de acercar al pueblo a la Justicia. Esta razón no es pura, está teñida de política, de una política que no respeta las condiciones objetivos de la institución y su propia finalidad. Esta finalidad - era desmentida por el descuido en el fomento de otros instrumentos de acercamiento del pueblo a la Justicia: empezando por la recortada concepción de la legitimación y el derecho de acceso a los Tribunales. La finalidad indirecta, por otro lado, perseguida de hecho - por los políticos, no tenía en este instrumento su camino adecuado. La independencia de los Jueces, la neutralización de sus puntos de vista generalmente poco progresistas no se habrían de conseguir por este medio, sino reformando y purificando la despolitización de los nombramientos, de los ascensos, la eficacia de los medios de responsabilidad, etc...(233). Nuevamente la política, porque no respeta - las leyes técnicas de las instituciones jurídicas convierte a éstas en apariencias y fantasmas que a la largo se vuelven contra sus manipuladores (234). La auténtica eficacia política de las instituciones jurídicas está en su recta instauración, y en la creación de las condiciones que las hagan posibles.

6.- La preconstitución.

El principio del Juez legal o natural preconstituido por la ley tiene dos aspectos, que tomamos de la exposición de MONTERO (235).

1º.-Negativo. Implica que ni el Poder ejecutivo ni ninguna - otra autoridad puede determinar la composición de un Tribunal en un caso concreto, y, naturalmente, la prohibición de los Tribunales de excepción".

"2ª.-Positivo. El juez que debe conocer un asunto concreto, - debe estar determinado previamente por normas generales . Es decir, dichas normas deben determinar el orden judicial que debe conocer - del asunto, la competencia objetiva, funcional y territorial, el reparto objetivo, no discrecional, de los asuntos entre los distintos órganos de una misma categoría existentes en una población, e incluso la determinación del magistrado-ponente cuando se trata de órganos colegiados".

Este principio bifronte tiene su origen en las declaraciones constitucionales francesas, recogidas en nuestro país en la Constitución de 1.812 (art. 247), iniciadora de una costumbre normativa, de la que se hacen eco, quizá demasiado implícito, los arts. 7º de las de 1.837 y 1.845, o el 8 de la proyectada en 1.856, pero claramente espresa en los arts. 11, 13 o 16 de las Constituciones de - 1.869, 1.873 y 1.876. Todos estos preceptos recogen el segundo aspecto, que se completa con la prohibición expresada más arriba en el nº 1, en los casos de la Constitución de Cádiz, y las democráticas de 1.869 y 1.873.

Vamos a tratar este capítulo y su evolución histórica en torno a estos dos puntos:

a.-Sus violaciones. La prohibición de los Tribunales "ad hoc", comisiones, etc. La jurisdicción militar.

La Constitución de Cádiz recoge como vemos esta prohibición. Se piensa por los constituyentes que su enunciación ha quedado clara y sin embargo, como dice CRUZ VILLALON "con esta formulación, la ju

jurisdicción militar sobre ciudadanos no quedaba expresa y formalmente prohibida". (236). Según este autor, en épocas posteriores, esta jurisdicción parece constitucional cubriendo unos mínimos de garantías de determinación por la ley anterior al delito, y organización genérica de sus procedimientos.

Hay, efectivamente, un paso importante en esta declaración. - Aún admitiendo lo que más abajo discutiremos -en contra de CRUZ- de que la jurisdicción militar suponga en todo caso un juez preconstituido, esta norma acaba -por lo menos mientras rige el espíritu y - la letra constitucionales- con las comisiones especiales. Esta era, en realidad, el instrumento procesal absolutamente discrecional y - abusivo de los monarcas absolutos. Ahora bien, una vez que las comisiones quedan suprimidas, y en la medida en que lo son -recuérdese la nega experiencia de las comisiones de Fernando VII, que PEGENAUTE se esfuerza en rehabilitar en un esfuerzo tan grande como ineficaz-, "el recurso a la jurisdicción militar como instrumento de represión política, sin limitación, aparece como una tentación a la que se resistiría por mucho tiempo (237)". Este va a ser el caballo de batalla a lo largo del siglo XIX.

De todas maneras, y antes de entrar en su exposición histórica, es necesario establecer un punto, anunciado más arriba, en el que - se manifiesta nuestra contradicción con el autor que hemos comentado. La jurisdicción militar parte en su organización procesal, a lo largo del siglo XIX, y quizá hoy en día también, del desconocimiento del principio constitucional de la preconstitución: los Consejos de Guerra, instrumento de enjuiciamiento procesal militar, se constitu

yen una vez cometido el delito. Desde el tratado 8º, título VIII de las Reales Ordenanzas militares de Carlos III, hasta el Código de - justicia militar de 1.890 (arts. 566 en relación con los arts. 42, 51, etc), los componentes del Consejo de guerra se nombran (terminada la sumaria por el juez instructor y recogidos los autos del de fensor) por el procedimiento del turno entre los oficiales, jefes o generales, según la categoría del reo.

Este sistema es evidentemente contrario a la prohibición de - los Tribunales "ad hoc". Concebido como una cierta especialidad para los delitos específicamente militares, y aún admitiendo que ello es justificable para estos casos, merecería la pena un exámen más profundo de ello, sobre todo en los momentos actuales y con criterios de modernidad- resulta totalmente desproporcionado, si por medio de este instrumento procesal se enjuician hechos no específicamente militares, sino conductas que, por razón de su incidencia política, estima el Poder que deben ser castigados con un especial rigor.

La prórroga de la jurisdicción militar, tan abundante en el - siglo XIX, resulta frecuentemente y por multitud de razones contraria a los principios de la libertad y de la dignidad de la persona. De aquellas razones no es la menor la falta de observancia de este principio.

Por todo ello, merece la pena analizar históricamente una nueva invasión de la política en el campo de los principios de la conciencia jurídica. Y ello es lo que a continuación haremos: esto es, demostrar cómo la introducción de este tipo de Tribunales, al menos

en el enjuiciamiento de delitos comunes y no específicamente militares, se debe en el siglo XIX a razones políticas, entre las que sobresale el deseo de evitar las limitaciones que imponen al Poder - los mismos principios jurídico-políticos que afirma defender.

A este respecto resulta contradictorio que el primer ejemplo de evasión de las exigencias constitucionales, no se produzca en España en virtud de planteamientos cripto-absolutistas, como podían ser en los tiempos del Estatuto Real o de la dictadura de NARVAEZ, - sino en plena euforia constitucional liberal. La primera norma legislativa, a analizar es la ley de 17 de abril de 1.821.

Esta ley, llamada "Ley para abreviar los trámites de las causas de conspiración" se dió en circunstancias bien críticas. En esas fechas, se conjuraba públicamente contra el sistema, y existía "poca disponibilidad de los jueces en esta materia" (238). Así se establece un sistema sumario de enjuiciamiento de este tipo de delitos, y entre las medidas abreviadoras está la sumisión de los civiles a los Consejos de guerra.

Los argumentos de los liberales en favor de esta sumisión es- triban en que con ella no se hace otra cosa sino refundir las normas de la Novísima Recopilación sobre bandidos, contrabandistas o salteadores de caminos, así como la existencia constitucional del fuero militar (239). La evidente objeción de que el fuero militar es privilegiado y por tanto no ampliable, y la más importante de su contradicción con el art. 247, al que nos hemos referido más arriba, sólo

es argüida por un diputado, ECHEVARRIA. La defensa de la ley por el moderado GARELLY (240) se centra en la consideración de los facciosos contra el régimen constitucional como "verdaeramente bandidos", en una intervención realmente demagógica, y con una utilización de la expresión bandido extrapoladora del insulto a la tipificación penal. Aún en la misma ley, y en una manipulación semántica en la que tan peritos son los moderados, se "distingue" en los casos en que - estos facciosos deben ser sometidos a la jurisdicción civil o a la militar, dependiendo de quién sea la autoridad que ordena la persecución o captura de los delincuentes, y si éstos hacen "resistencia", o si ésta es previsible o se presume que existe según se ha visto al tratar la suspensión de garantías. La amplitud de estas declaraciones hacen que esta ley se justifique por su origen liberal y se utilice por los moderados y absolutistas hasta el año 1.870.

A partir de esta fecha, la sumisión de los civiles a la jurisdicción militar por hechos o delitos no específicamente militares - se va a encauzar hasta 1.870 -con la excepción ya señalada de la década ominosa en que esta materia no se encauza de ninguna manera- por la vía de la suspensión de las garantías constitucionales y la práctica política de la proclamación del estado de sitio, como expedientes para reaccionar con vigor y sin límites contra los oponentes a la política del régimen, o lo que es más peligroso, del Gobierno (241).

Así lo hacen la Real Orden de 12 de enero de 1.835 y otra serie de leyes más o menos coetáneas, que tipifican una situación jurídica no prevista por la ley, el movimiento revolucionario del ve-

rano de 1.835 que da lugar a las Reales Ordenes de 8 y 16 de agosto etc, hasta 1.837 (242).

En todos estos casos la sumisión a la jurisdicción militar es incondicionada y origina la inobservancia de estos principios que - estudiamos, además del de legalidad de los delitos y las penas.

La Constitución de 1.837 impone la necesidad de legalizar estos estados excepcionales: proyecto de 6 de marzo de 1.838, contrarregulado por el gubernamental de 14 del mismo mes. En él se tipifican - tres estados: sitio, guerra y prevención. Ninguno de los dos es aprobado definitivamente.

A partir de entonces, la ambigua redacción de los correspondientes arts. de las Constituciones de 1.839 y 1.845 facilitan la - adopción del estado de sitio, con las secuelas ya indicadas, en las siguientes fechas: noviembre de 1.838, febrero de 1.840, octubre de 1.841, noviembre de 1.842 (este último de Cataluña dura siete años), enero de 1.844, febrero de 1.844, agosto de 1.852, febrero de 1.854, adoptados en diferentes provincias, y por gobiernos de diferentes - signos, pero con un mismo resultado, la extensión de la jurisdicción militar.

En el bienio progresista, se produce un segundo intento de regulación legal. La línea de esta regulación que tras la regresión - política de 1.857 a 1.868, se va a continuar, en esta última fecha, procurará poner un límite a la actuación militar, en lo que se refiere a determinadas penas y a la observancia del principio de legalidad.

La línea dura vuelve al país, y con ella los estados de sitio: de julio de 1.856 a noviembre de 1.856, enero de 1.866, julio de - 1.866, rematado el periodo con la ley de GONZALEZ BRAVO.

El movimiento renovador de 1.868 tiene su efecto en este punto: la suspensión de garantías constitucionales no va a significar una mecánica sumisión a la autoridad militar. En este espíritu se va a mantener, incluso la Constitución de 1.876, con una expresa mención del respeto que los jefes militares deben al principio de legalidad de las penas.

La tímida vía de progreso en esta materia se va a ver bruscamente cortada por las RR.OO. de 25 de Mayo y 21 de Julio de 1.894, preludios de la tristemente famosa ley de 2 de septiembre de 1.896 sobre prevención del anarquismo y su complemento del Real Decreto - de 1.896 en que sometía a la jurisdicción militar los delitos perpetrados con sustancias o aparatos explosivos o materias inflamables, cuyo simple enunciación hace inútil ulterior comentario.

Hemos visto la correspondencia entre lo expuesto en el tema de suspensión de garantías y el presente. Lo que se trata de subrayar a toda costa es que en España existe una correspondencia biunívoca entre ambos conceptos en el siglo XIX. Tal correspondencia es injustificada legal e ideológicamente hablando tiene su origen histórico como allí vimos, en la pura fuerza y ha constituido el mayor atentado contra la justicia (243).

b.-La predeterminación legal de competencias.

Como en cualquier caso en que una distinción metódica precisa dos elementos o momentos de un concepto complejo, nos encontramos - que, en este caso, mucho de lo dicho en el apartado anterior sería de aplicación en éste. En todo caso, nos parece que la consideración de la jurisdicción militar competente en los asuntos civiles, y en los propiamente militares, tiene una organización legal próxima a los Tribunales "ad hoc". Nos ha parecido más correcto su tratamiento bajo aquel punto de vista formal.

La determinación del orden judicial, de las competencias y el sistema de repartos objetivos hacen más ajustada referencia a la organización de la llamada jurisdicción civil en sus variados órdenes.

Son dos los puntos que a este respecto resulta conveniente analizar en la historia del siglo XIX, para conocer la objetividad y legalidad de este sistema de atribución de competencias: la entidad y contenido de las normas reguladoras de estas cuestiones, y los sistemas objetivos de resolución de los conflictos que puedan plantearse.

a'.-La norma de atribución.

El sistema legal de atribuciones se inicia en el siglo XIX con las circunstanciadas enumeraciones constitucionales. Los jurados civiles, penales y las autoridades judiciales superiores: Audiencia y Tribunal Supremo civil y militares.

El principio de reserva legal no vuelve a respetarse en la or

ganización de las competencias hasta mediados de siglo.

Sin embargo, y dentro de la imperfecta observancia del principio aludido que impone la jerarquía normativa, hasta ese momento se procura delimitar el respectivo cuadro de competencias, con criterios objetivos y de respeto al principio de seguridad jurídica, no sólo dentro de los diversos órdenes judiciales, civil y penal, sino también en la exacta delimitación entre la autoridad administrativa y los tribunales.

Hay una especialidad en la jurisdicción civil y es la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad. De acuerdo con los principios liberales, se produce, sobre todo a partir de la ley de enjuiciamiento de 1.855, una inversión de la prioridad en el criterio de determinación del fuero competente en las cuestiones civiles: hasta ese momento la determinación legal primaba sobre la sumisión expresa y voluntaria a juez diverso del que pudiera determinar se mecánicamente por la ley. La sumisión expresa era subsidiaria, y de acuerdo con esta orientación, no existía, en la sistemática legal procesal anterior, la institución de la sumisión tácita, admitida como decimos desde 1.855 (arts. 2, 3 y 4).

De todas maneras, en el caso de la intervención de la voluntad en la designación del juez competente existen límites, como es la prohibición de la sumisión a juez que no ejerza jurisdicción ordinaria. Límites que se ciñen a este extremo y que dejan por otro lado un enorme campo a la iniciativa de la voluntad. A tales extremos se

llega en ello, que por la interpretación científica se admite la posibilidad de elegir el juez que interese dentro de los varios que - pueda haber en la plaza, sin necesidad de someterse al turno de reparto (244).

Esta institución del turno de reparto, tan importante en lo - civil , se introduce en España, en el Reglamento de juzgados de 1 de mayo de 1.844, art. 16, constituyendo, además de esta última cuestión un ejemplo de organización forense por medio de norma que no es ley.

Es precisamente el Reglamento de 1.835, tantas veces comentado, el que señala en sus arts. 39, y siguientes, una serie promenorizada de atribuciones de competencia legal, que como sabemos, hasta 1.855 era la que se desplegaba con absoluta prioridad sobre la voluntaria. Estas prevenciones se completan y concretan en el de 1.844.

Por lo que se refiere a las cuestiones penales, su evolución - es paralela a la ya indicada de los asuntos civiles, con expresa - excepción de la sumisión voluntaria explícita o tácita, que jamás - se aplicó en nuestro Derecho. El art. 36 del Reglamento de 1.835 que acabamos de citar pone en efectiva práctica el principio de la competencia por el lugar. El turno de reparto de los jueces civiles del Reglamento de 1.844 no se aplica a los criminales, pues en este caso, existiendo varios en una misma plaza, se establece (art. 15) que cada uno tendrá para lo criminal su departamento o cuartel, para de terminación de la competencia.

La determinación del magistrado-ponente en los Tribunales pluri

personales, se determina objetivamente por ley, en la L.O.P.J. en las correspondientes normas, que tienen su antecedente en la legislación histórica, subrayándose la importancia de este cargo en las RR.OO. de 22 de julio de 1.852 y 19 de febrero de 1.856.

b'. -Las normas para los casos de conflicto.

La objetividad normativa -si bien no legal hasta época tardía, como hemos visto- que desde los comienzos de siglo se va componiendo en el sistema procesal español del siglo XIX, se extiende asimismo a la normativa sobre los conflictos sobre esta materia.

Hay dos tipos de cuestiones de competencia: aquellas que enfrentan a órganos judiciales, y que en Cádiz se quiso estructurar -constitucionalmente, en los arts. 261 y 265. Esta normativa, que se mantuvo en vigor hasta la ley de 1.855 (Enjuiciamiento civil), tuvo reflejos en la época no constitucional, en la que se arbitraron sistemas procesales funcionales y orgánicos de parecida entidad. Así la Real Orden de 25 de noviembre de 1.919, renacida en la de 24 de febrero de 1.824, y adaptada a la nueva organización de los Supremos Tribunales de 29 de mayo de 1.834 y 30 de agosto de 1.836.

Desde el punto de vista funcional, hasta 1.855 existe una multiplicidad de vías para suscitar estas cuestiones, que en la fecha citada se reducen a dos: las de la inhibitoria y declinatoria, cuyos lineamientos fundamentales se mantienen en la actualidad.

Igualmente se procura por los legisladores españoles, organizar

objetivamente los sistema de resolución de los conflictos entre la autoridad judicial y la administrativa. Como sabemos, con los años 1.844-1.846 los que conocen la fijación de los modernos criterios de la llamada jurisdicción contencioso-administrativa. Pues bien, uno de los puntos que antes se concretan son los criterios para la delimitación de competencias (Decreto de 6 de junio de 1.844, reformado ante las dificultades que aquél contenía, por otro de 4 de junio de 1.847). Esto no quiere decir que con anterioridad no se hayan tratado estos temas con una indudable fragmentación, y de acuerdo con la imperfecta organización jurisdiccional absolutista a que hemos hecho referencia en el párrafo anterior.

El sistema jurisdiccional representado por la LOPJ de 1.870, las leyes de enjuiciamiento civil y penal de 1.881 y 1.882, y la ley de lo contencioso-administrativo de 1.888, se completa con un Real Decreto de 8 de septiembre de 1.887 dictando reglas para la resolución de las competencias de atribuciones y de jurisdicción que ocurran entre las autoridades administrativas y los Tribunales ordinarios.

La normativa procesal objetiva entrega al Rey como autoridad nacional suprema la resolución de estas cuestiones en que entran en conflicto los diversos poderes.

- (1) La extensión de esta concepción en el Derecho procesal español se comprueba en la exposición de MONTERO AROCA, Introducción al Derecho procesal, Tecnos, Madrid, 1979, págs. 130 a 162.
- (2) Tanto en el Tratado de COLMEIRO, como en el de SANTAMARIA DE PAREDES, ya citados, las relaciones de la Administración con los derechos fundamentales se circunscribe a los términos correspondientes a la violación penal de determinadas conductas del ejecutivo y la administración. Se sale de esta concepción las aclaraciones sobre derechos jurisdiccionales de los particulares en lo referente a la libertad de imprenta como indicamos en el texto. Cfr. cps. XXIV y XXV en COLMEIRO, y la sección primera (Funciones referentes a los fines del Estado) de la parte segunda - de SANTAMARIA DE PAREDES.
- (3) Se prevé expresamente en el art. 2º referente a las obras políticas. Las limitaciones a que hace referencia el artº 1º son, - como exponen los demás preceptos del Decreto de orden represivo.
- (4) Decreto de 1.811: art. 15: "Será de su cargo (de la Junta censoria) examinar las obras que se hayan denunciado al poder ejecutivo o a las justicias respectivas; y si la Junta censoria de provincia juzgase, fundado su dictamen, que deben ser detenidas, - lo harán así los Jueces, y recogerán los ejemplares vendidos". Decreto de 1.813: art. 12: "Los Ayuntamientos constitucionales de los pueblos en que celebraren sesiones las Juntas de Censura de provincia designarán anualmente un letrado, que hará las veces de fiscal, cuya obligación sería denunciar al Juez los impresos...". Decreto de 1.820: la intervención de los Alcaldes constitucionales es mayor, no solo pueden denunciar (art. 33), sino que interviene más directamente en la reunión y nombramiento de los jueces de hecho (arts. 43) aunque no está presente a sus deliberaciones (art. 45). Decreto de 1.822: igual régimen que el anterior
- (5) Este carácter está mucho más claro en la ley de 1.820-1822, dado que las pequeñas atribuciones de carácter cuasi-jurisdiccional que tenían, según la ley de 1.813, se confieren a los Jurados de hecho. Así se desprende de la comparación de los arts. 15 -de la ley de 1.811- 15, 16 y concordantes -del Decreto de 1.813- 36 y ss. -de la ley de 1.820- y 13 -de la ley de 1.823-. La fijación del carácter consultivo de la Junta protectora se infiere del art. 81 -facultades- de la ley de 1.820. Esta evolución, aparte de su importancia en el tema presente, - ayudará a esclarecer la de otro peculiar organismo también cuasi-jurisdiccional: el de casos de infracción de la Constitución que habremos de examinar más abajo.
- (6) Como se verá mas abajo, la acción jurisdiccional contra las decisiones gubernamentales en esta materia, no se consolida hasta 1.887.

- (7) Su régimen es el determinado en cada caso por la legislación - concordataria. Una norma de 1.877 (R.O. de 25 de octubre) recuerda la necesidad de que los Gobernadores no interfieran en su - circulación, si se ajustan a las normas canónicas. En caso de que se juzgue necesario impedirlo, debe ser remitido el impreso al Ministerio de la Gobernación. Se plantea pues la cuestión del ejercicio de esta libertad en el terreno diplomático, y no en el jurisdiccional.
- (8) Existe un precedente curioso de esta posibilidad en los arts.- 20, y 51-52 de la Cédula de 1.830 y R.D. de 1.834, en la figura de la Inspección general de Imprentas. Ni las leyes de 1.837 (progresista) ni las de 1.844, 1.845 ni 1.852 (esta salva expresamente de modo único la responsabilidad penal, art. 118) recogen la más mínima acción de recurso contra la discrecional acción administrativa.
- (9) Art. 97, "El interesado podrá acudir al Ministerio de la Gobernación, el cual decidirá, después de oír al Consejo Real". Art. 99, "Contra la imposición de estas multas podrán reclamar los interesados a la Superioridad por el Ministerio de la Gobernación". Lo más curioso es que de toda la amplia gama de sanciones gubernamentales, arts. 86 a 99, sólo se prevé esta posibilidad de reclamación en los dos supuestos de los artículos señalados. ¿Existe en los demás casos? La interpretación de COLMEIRO, op.- cit. I, pág. 554 entiende que se aplica a todos los supuestos.
- (10) Los arts. 98 y 100 reproducen los de NOCEDAL, Igual régimen en la Ley GONZALEZ BRAVO.
- (11) Desaparece este supuesto, puesto que desaparecen las autorizaciones preceptivas, el depósito, etc...
- (12) Al hilo de las sucesivas declaraciones de suspensión de garantías constitucionales, los Gobiernos democráticos legislan como ya se ha visto de modo que se autorizan para suspender periódicos. En ninguno de tales supuestos se autoriza la apelación. Tales medidas como sabemos se producen a partir del Decreto de 20 de septiembre de 1.873.
- (13) Art. 19: "Las infracciones de los prevenidos en esta ley, que no constituyen delito con arreglo al Código penal, serán corregidas gubernativamente con las mismas penas que éste señala para las faltas cometidas por medio de la Imprenta. "De la imposición gubernativa de multas podrá apelarse en ambos efectos para ante el Juez de instrucción en término de tercero día, depositando previamente el importe de ellas, sin cuyo requisito no se admitirá la apelación. El Juez resolverá sobre las procedencias o improcedencias de la multa, siguiendo la tramitación de las alzas en los juicios verbales de faltas...".
- (14) Basta releer la serie de preceptos que recogen FERNANDEZ-SANTA MARIA, op. cit. págs. 153 y ss. Así también COLMEIRO, op. cit.

II, págs. 341 y s, cuando enumera el catálogo de materias susceptibles de este enjuiciamiento. Recordemos que sólo es mucho después, cuando se consigue la distinción conceptual de materias discrecionales y materias regladas de un modo total, sin que quepa enumeraciones indicativas, como la que se acaba de referir. Así SANTAMARIA DE PAREDES, no contiene enumeraciones casuísticas de este tipo. Cfr. op. cit. págs. 831 y ss.

- (15) Recordemos los argumentos de SANTAMARIA, de que esta materia - no se somete a la jurisdicción común, en espera de que sea reformado el Fisco, op. cit., págs. 72 y ss.
- (16) Cfr. SANTAMARIA, op. cit. págs. 92 y 22.
- (17) Son las medidas de 30 de diciembre de 1.838, 8 de mayo de 1.939 19 de septiembre de 1.845 etc...Cfr. en FERNANDEZ-SANTAMARIA, op. cit. y SANTAMARIA op. cit. págs. 149 y ss. Estas prohibiciones son de gran importancia para la acertada comprensión de toda la evolución de esta jurisdicción, no sólo en lo que se refiere al derecho de acceso a tal jurisdicción.
- (18) La jurisprudencia administrativa generalizó este régimen: así, p.e.: Se han comprobado 69 decisiones sobre competencias denegando el interdicto, en el período que va de 1.846 a 1.859.
- (19) El régimen de este sistema se estudiará con ocasión de la revisión del proceso contencioso-administrativo. No podemos entrar en el problema del concreto régimen de la legitimación, y su matiz específico en el siglo XX. En todo el siglo pasado, fué sólo el detentador del derecho declarado con anterioridad (cfr. SANTAMARIA DE PAREDES, op. cit. págs. 834) quien podía iniciar la demanda. Esta limitación de la legitimación, y el carácter político que comporta será examinado más tarde.
- (20) Decreto de 13 de octubre de 1.868.
Art. 5º: "Las demandas que según la legislación hasta ahora vigente debían entablarse en primera y única instancia ante el Consejo de Estado, lo serán en adelante ante el Tribunal Supremo de Justicia".
- (21) Art. 12: "Solo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Por los que no se hallen en este caso comparecerán sus representantes legítimos, o los que deben suplir su incapacidad con arreglo a Derecho". Cfr comentario de NOGUES, Tratado de práctica forense novísima.... Sanz y Gómez, Madrid, 1.856, págs. 419 y ss. del I Tomo.
- (22) Art. 2: Copia la anterior redacción añadiendo el párrafo "Por las corporaciones, sociedades y demás entidades jurídicas, comparecerán las personas que legalmente las representen.
- (23) NOGUES, op. cit. I, pág. 421: Para saber su alcance es preciso explicar con toda exactitud sus palabras: pleno ejercicio de los derechos civiles. Por estos se entienden los que atribuye

a los hombre la ley civil, no la política, según su sexo y cualidad de súbdito de aquel estado o de miembro de aquella sociedad, o como dice el Sr. PACHECO, pág. 351, tomo I, "los que dicen relación a la esfera privada, al orden de la familia, a la intimidad doméstica: la casa es su círculo, su órbita.

- (24) GUTIERREZ-ALVIZ: "Doctrina procesal española sobre la acción: 1830-1930", págs. 21 a 31, en las que señala esta unificación con la excepción de VICENTE CARAVANTES- hasta 1.915.
- (25) Esta es una de las constataciones que han hecho referirnos a la "politización" del concepto de legitimación en la Introducción, a cuya bibliografía nos remitimos.
- (26) NOGUES, op. cit. I, pág. 119-120, comienza después de plantear se este problema, por la enunciación del art. 1.414 de la ley de 1.855: "Todos los jueces y Tribunales, cualquiera que sea - su fuero, que no tengan ley especial de procedimientos los arreglarán en los pleitos y negocios civiles de que conozcan por - las disposiciones que anteceden". Naturalmente, aunque por civil se entienda lo opuesto a penal, eclesiástico o militar, cfr. -ibidem pág. 122, y no se considera que esta normativa sea aplicable al procedimiento contencioso-administrativo, de un gran desarrollo para esa época, la influencia doctrinal de normativa y dogmática de referencia es indudable, y a ella responde este precepto.
A ello responde el art. 105 de la ley de 1.888 señalando expresamente el carácter supletorio de la L.E.C.
- (27) Examinando cualquier Tratado de Contencioso-Administrativos, - podremos observar que los conceptos jurídicos acuñados son los tomados de la dogmática procesal civil.
- (28) Resulta escalofriante el principio sentado en la Cédula Real de 14 de septiembre de 1.849, que expresa con toda crudeza el temor a la sumisión a los Tribunales ordinarios: "Que los jueces y tribunales civiles no pueden anular ni reformar actos injustos o arbitrarios de la Administración porque el derecho de los particulares se halla asegurado contra toda providencia ilegal en el fondo o en la forma, con los recursos ante el superior jerárquico de la administración activa, y ante los Tribunales administrativos cuando procede la vía contenciosa." citado por COLMEIRO, op. cit., pág. 457 del II Tomo.
- (29) Lo más curioso de esto, es que ni siquiera existe una objeción seria a poder aplicar al campo de las libertades declaradas en 1.869, el régimen de la libertad de ejercicio de la imprenta, y el juego jurisdiccional ya señalado. Se trata en realidad de una cuestión de tiempo y de presión social en los habituales - ejércitos de tales libertades.
- (30) ALMAGRO, "El libre acceso..." págs. 119 y ss. ya comentado.
- (31) ALMAGRO, ibidem, pág. 121.

- (32) Se trata del Decreto de 22 de febrero de 1.813, al que ya nos hemos referido. Art. 4º "Todo español tiene acción para acusar del delito de herejía ante el Tribunal eclesiástico, en defecto de acusador, y aún cuando lo haya el fiscal eclesiástico hará de acusador". Se supone que el delator puede actuar junto con el fiscal eclesiástico.
- (33) Se trata del art. 29 del proyecto de ley de infracciones de la Constitución -correspondiente al art. 35 de la ley de igual objeto en 1.820.- "Los infactores o delincuentes contra la Constitución podrán ser acusados por cualquier español.
- (34) SILVELA, "Discurso inugural del curso de 1.888 de la Academia de Jurisprudencia". Citado por MARTINEZ ALCUBILLA, op. cit. voz "Acción popular".
- (35) Art. 49: "...Además pueden todos los españoles capaces para acusar según el derecho común, usar de la acción popular en los mismos casos, y cuando concurrieren con los promotores fiscales tendrán estas el caracter de coadyudantes."
- (36) Art. 134: "La ley concede a todo español no infame la acción para acusar criminalmente ante los jueces o tribunales respectivos cualquiera de las culpas o delitos públicos que comentan...".
- (37) Exposición de motivos: "...otorgada una acción pública y popular para acusar, en vez de limitarla a los ofendidos a sus herederos."
- (38) MARTINEZ ALCUBILLA, op. cit. voz "Acción popular" estudia la acción popular, y señala que tiene dos vertientes conaturales, ya conocidas en el siglo XIX, la penal y la administrativa.
- (39) Art. 74, párrf. 10 de la ley municipal de 1.845.
- (40) Precisamente al tomar la palabra político en su sentido más alto, en cierto sentido, equivalente a ético o ideológico estamos escapando de la crítica -en muchos extremos acertada de SERRA, cuando más que impugnar, previene de los peligros de una excesiva "politización". No se trata de subordinar el proceso a la cambiante orientación política, sino de que asuma los valores más auténticos que en cada momento descubre e interpreta una comunidad social como valores. Cfr. SERRA, "Liberalización y socialización del proceso civil" R.D.P.R. ib. 1972, págs. 512 y ss.
- (41) Cfr. MONTERO AROCA, op. cit. págs. 210 y ss. En él se recogen las posiciones de SERRA y SATTI, a favor de la neutralidad técnica, y las de CAPELLETTI, y añadiríamos la de CHIAVARIO, a favor de la posición que aquí se mantiene.
- (42) Cuando abrimos las páginas de cualquier texto de doctrina jurídica del siglo pasado nos podemos encontrar con líneas perfec-

tamente aplicables a la práctica procesal de hoy, yacer en la cuenta de que la labor de perfeccionamiento técnico de nuestro sistema procesal es una tarea incesante, para mejor servir a las necesidades de los hombres y al ideal de la justicia, de acuerdo con los supuestos que se ponen de manifiesto en las concepciones de vida de cada momento.

Así, creeríamos leer un comentario a nuestra vida forense cuando repasamos las observaciones que recoge MARTINEZ ALCUBILLA a la necesidad de elaborar lo que luego fué la Instrucción del Marqués de GERONA: "La instrucción era, no obstante, una solemne protesta contra los abusos del fore y las malas prácticas del enjuiciamiento. Más o menos se tenía como verdad que los litigios y reclamaciones judiciales eran el espanto y la ruina de muchas familias, un manantial perenne de escándalos y la muerte de la justicia misma; que era una apremiante exigencia de nuestra época la mejora del sistema entonces vigente de la instrucción judicial, y que el desbarajuste en la sustanciación de los pleitos era como una máquina de guerra asendada contra la fortuna del infeliz litigante, o inmoral juego de suerte o azar donde frecuentemente triunfa la razón de la malicia, de la legalidad la astucia, y de la más sana intención el fraude y la perfidia". Naturalmente las razones de estas quejas no son hoy las que las producían en 1.853, pero otras nuevas han venido a hacer necesaria nuevas reformas, que hagan al proceso más ético.

- (43) No hay más que leer la Exposición de motivos de la Constitución de Cádiz, o las acertadas consideraciones de SANTAMARIA a que hemos hecho referencia más arriba, sobre el propósito de MARTINEZ DE LA ROSA y la utilización de la reforma judicial con miras políticas.
- (44) MONTERO AROCA, op. cit. pág. 213, "el proceso refleja la ideología socio-política de un país determinado....Un proceso aquejado de los males de la lentitud y la carestía es técnicamente incorrecto, pero también políticamente ineficaz..La publicidad por poner un ejemplo, ha sido históricamente una aspiración políticamente sentida, pero ello no impide que se justifique técnicamente, y lo mismo podría decirse de la audiencia bilateral, de la igualdad de las partes, etc...".
- (45) Exposición de motivos: "La Comisión no necesita detenerse a demostrar que una de las principales causas de la mala administración de justicia entre nosotros es el fatal abuso de los fueros privilegiados introducido para ruina de la libertad civil y - oprobio de nuestra antigua y sabia Constitución....!Que subterfugios, qué dilaciones, qué ingeniosas arbitrariedades no presentan los fueros particulares a los litigantes temerarios, a los jeces lentos y poco delicados, a los ministros de justicia que quieren poner a logro el caudal inmenso de su cavilosa sagacidad!...".
- (46) Exposición de motivos: "No se detendrá la Comisión en referirlas causas que se han opuesto a los saludables efectos de estas

leyes en todos los reinos de España, porque son las mismas que destruyeron la libertad política... Sin embargo, no puede por - menos de exponer que la falta de enlace y uniformidad de los - diferentes códigos de nuestra legislación que están hoy en ob- servancia, demuestra hasta la saciedad la necesidad de estable- cer un sistema de legislación, sin el cual son inútiles e ine- ficaces las mejores leyes civiles y criminales..."

- (47) LASSO, op. cit., II, pág. 5.
- (48) Es este un ejemplo de que las mejoras procesales -de definiti- va hay que considerar la sabia consecución de un proceso rápi- do, pero no indeterminado- suelen ir unidas a las mentes progre- sistas. SAINZ DE ANDINO era, a pesar de gozar la confianza de los absolutistas, un indisimulado liberal, Cfr. FAIREN, op. cit. I, pág. 71.
- (49) El mayor reproche que se hace a este texto es precisamente fa- llar en su propósito de unificación sistemática. "Amasijo de - preceptos orgánicos y procesales", lo llama LASSO, op. cit. pág. 9. FAIREN, ibidem, pág. 76: "Pretendió abarcar toda una serie de cuestiones heterogéneas..."
- (50) Son el reflejo del programa constitucional de 1.837 y 1.845, - que reconoce FAIREN, op. cit. pág. 89.
- (51) Su carácter pre-sistemático: "Habría constituido un excelente - proyecto de Ley de Bases de un código procesal" FAIREN op. cit. pág. 93.
- (52) Continúa FAIREN, ibidem: "palida por el freno parlamentario de comisiones y plenos, hubiera podido ser modificada en la forma, sin perjuicio del sabroso fondo que en la "instrucción se dis- fruta"... "supuso un error político grave..." págs. 93 y 94.
- (53) Cfr. FAIREN que señala cómo ni el partido en el poder, ni la - oposición cayeron en la cuenta del auténtico peligro existente en estas Bases, su relativa vaguedad y la desconexión entre su ideología y la del redactor.
- (54) Efectivamente como recoge LASSO, op. cit. II, págs. 152 y ss. las bases aprobadas en el Congreso son un auténtico programa - político-legislativo. Son 27 frente a las escasas siete de la - anterior ley.
- (55) Así como hemos visto anteriormente, el conjunto de plazos en - las dos instancias se podía contener en 130 días. (arts.
- (56) Art. 4º, su farragosa redacción indica ya la previsible inefec- tividad: "En la sustanciación de los negocios civiles y crimi- nales deberán también todos los jueces, bajo su responsabilidad, observar y hacer que se observen con toda exactitud los sencil- los trámites y demás disposiciones que las leyes recopiladas describen para cada instancia, según la clase de juicio o del

recurso, sin dar lugar a que por su inobservancia se prolonguen o compliquen los procedimientos o se causen indebidos gastos a las partes, sobre lo cual en adelante no podrá servir de excusa a los jueces ninguna práctica contraria a la ley".

- (57) FAIREN, "La Historia del proceso civil y la reforma de la Justicia", "La Ley de enjuiciamiento civil de 1.855" en TEMAS.... Tomo I, citado.
- (58) Como ya se ha indicado GOMEZ DE LA SERNA y su especialización en Derecho Romano, impuso una orientación en la que el proceso solemne tenía la primacía, FAIREN, op. cit. págs. 101 y ss.
- (59) Las ventajas se encuentran fundamentalmente en la economía procesal, con instituciones orientadas en este sentido, cfr. FAIREN, Temas,...I, pág. 93, que coincide con PRIETO CASTRO.
- (60) Recogidas por LASSO, op. cit. II, pág. 52.
- (61) La mejor crítica en este sentido sería la constructiva de FAIREN, "Lineas generales de un futuro procedimiento declarativo de primera instancia". en Temas, II, págs. 795 y ss.
- (62) "¿Cómo pueden esperarla (la administración de justicia) los pueblos que entre el cúmulo de dificultades que opone nuestro defectuoso modo de enjuiciar, se encuentran no pocas veces con el insuperable obstáculo de haber de acudir a tribunales que - distan tal vez sesenta leguas?... Las dificultades son innumerables, las circunstancias parecen que multiplican los obstáculos. Sin embargo, arrédrese enhorabuena el genio mezquino y limitado de un ministro, la timidez y apocamiento de un Gobierno débil o indolente; mas no así la grandeza y extensión de miras de un Congreso que tiene la gloria incomparable de representar a la Nación española".
- (63) Aún no definitivamente pacificada.
- (64) Art. 14 de la L.O.P.J.: "Para el señalamiento de las poblaciones a que se refiere el artículo anterior se atenderá sola y exclusivamente a las más facil y expedita administración de la justicia, tomándose al efecto cuenta la distancia que de ellas haya a la capital de la Audiencia, la dificultad para comparecer en esta los testigos, y de verificarse las pruebas, la circunstancia de tener por lo menos el suficiente número de personas que reúnan las cualidades necesarias para ser jurados, etc...".
- (65) Se trata de la pre-problemática de la prueba, que no acierta aún a comprender que la auténtica dificultad no se encuentra en estas condiciones adjetivas, sino en la concepción material de este instituto procesal, que ha hecho posible tales exageraciones. Ello es la ritualización y formalización caso sagrada de los instrumentos probatorios, aún de su mismo lenguaje, que llegan a necesitar precisar lo obvio: recordemos, p.e. el brocardo "notoria non egent probationes".

- (66) Aún hoy en día se plantea toda una serie de cuestiones críticas en torno a la prueba. Para un catálogo amplio de tal problemática, cfr. p.e. FAIREN Temas, I, págs. 334 y ss.
- (67) Art. 308 a 311. NOUGUES, op. cit. II, pág. 78: "La gran innovación consiste en la publicación racional de la prueba por medio de la comunicación del interrogatorio... Los interrogatorios de repreguntas tienen por objeto esclarecer los hechos.... Este medio de hacer frente a las asechanzas de un adversario astuto es el complemento de la publicidad del interrogatorio... frustrando esta comunicación la habilidad que se gloriaban de poseer algunos letrados, que tenían el talento de hacer brotar - de un embrión pequeño y de frases oscuras un difuso interrogatorio."
- (68) LASSO, op. cit. II, pág. 71.
- (69) Nos remitimos a FAIREN, Temas..I, págs. 198 y ss, donde resume la situación de la doctrina: PLAZA, PRIETO, GUASP, CCNDOMINES, etc...y expone su sugerente posición. Como siempre nos remitimos significativamente al profesor de Valencia, por ser el que con mayor detención y autoridad ha analizado los sistemas procesales desde un punto de vista histórico.
- (70) Ello será puesto temáticamente de relieve en la última sección de este mismo capítulo.
- (71) Así lo hace FAIREN en el trabajo citado, que analiza por extenso, la Constitución y las discusiones parlamentarias sobre estos textos. Como así también PLAZA.
- (72) Son puntos fácticos cuya enumeración es un resumen elaborado - por el autor de esta tesis, siguiendo los diversos párrafos de la Exposición de motivos. Nos remitimos en este caso concreto a la paginación de SEVILLA, Constituciones..., I, Así en el Nº 1, corresponde a la pág. 137; el nº 2, a la pág. 139; el nº 3, a la pág. 141; y el 4º, a la 142.
- (73) Así lo establece las leyes de 7 y 16 de Septiembre de 1.837
- (74) No es tema específico de este trabajo su estudio, sino dentro de la óptica general del presente y más genérico apartado. Para su análisis más detenido Cfr. LASSO, op. cit. II, págs. 12 a 22 y 98 a 120.
- (75) Señalamos la disputa doctrinal polarizada en FAIREN y PLAZA sobre la recepción de la casación francesa en 1.812 o 1.855. Apórtamos la opinión de NOUGUES, que se inclina por la tesis de FAIREN, al diferenciar claramente, el nuevo recurso de casación - del art. 100 de la ley de 1.855, de cualquier otro tradicional en España, como el de segunda suplicación, injusticia notoria y nulidad, op. cit. pág. 310, nota 1.

- (76) Cfr. CHIAVARIO, Processo e Garanzie della persona: Giuffrè Milano, 1976, COUTURE, "Las garantías constitucionales del proceso civil", en Estudios de Derecho procesal civil: Buenos Aires 1.948.
- (77) FAIREN, op. cit. I, págs. 567 y ss. Cfr. asimismo CHIAVARIO capítulo quinto de la parte tercera, págs. 217 y ss.
- (78) FAIREN, op. cit. págs. 580 y ss.
- (79) El art. 41 sólo impone la publicidad del "despacho de los negocios y las vistas". Con la prevención de que el Juez o Tribunal pueda estimar que tales actos deban ser secretos.
- (80) Cfr. FAIREN ibidem, pág. 598-600, que recoge el precepto de 1881 art. 313, cuya redacción, comparada con el acabado de señalar art. 41 de 1.855, aclara el sentido de este. Art. 313: "Las diligencias de prueba y las vistas de los pleitos y demás negocios judiciales se practicarán en audiencia pública. Del mismo modo se hará el despacho ordinario de sustanciación de los negocios, en que lo hubiese solicitado alguna de las partes". Se completa con las excepciones de 314 -y sus garantías de intervención en la decisión de las partes-.
- (81) El punto de vista desde el que se afronta el proceso penal se expone por FAIREN, op. cit. II, págs. 1201 y ss que contiene la bibliografía general sobre la materia, entre la que destacamos el trabajo de GOLDSCHMIDT, Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Barcelona, 1.935 o SCHMIDT, Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal, trad. Buenos Aires, 1.957, MARAVALL, "El proceso judicial penal como garantía política" en Información Jurídica, Madrid, 49, 1974, -pág. 17.
- (82) De los preceptos que la Constitución de Cádiz dedica a la específica regulación del proceso penal, deducidos los consagrados al régimen penitenciario o los concernientes a prevenciones generales -de las llamadas garantías materiales- se dedican los arts. 287 a 295 los correspondientes a medidas cautelares extrajudiciales o judiciales, mientras que los arts. 286, 301 y 302, a los principios específicos del proceso.
- (83) Las Cortes de Cádiz reconocen que en él hay preceptos de gran humanidad a veces contrariados por normas inhumanas menos apropiadas a nuestro genio nacional, Cfr. Exposición de motivos, -en la edición de SEVILLA, págs. 146 y 147.
- (84) Recogemos así la sistematización de ALMAGRO NOSETTE, en "protección procesal de los Derechos humanos..." en R.D.R. Ib., I, -1.973, págs. 37 y 52. De acuerdo con esta más sistemática ordenación se distingue entre garantías genéricas o específicas. La denominación que damos en el trabajo se atiene mejor a nuestro entender, a la disciplina de estas garantías en su versión y -evolución histórica.

- (85) En este momento entre en juego, para cualquier tipo de proceso, incluso los que versan sobre violaciones de derechos fundamentales, las llamadas "garantías jurisdiccionales genéricas, en la terminología ya aludida de ALMAGRO y FIZ-ZAMUDIO.
- (86) E. de m.: "Si la administración de Justicia en lo civil...¿con cuánta más razón en lo criminal?...La publicidad de los juicios, a lo menos desde la conclusión del sumario,...La necesidad de prevenir...las dilaciones y largas en la formación del sumario ...".
- (87) E.de m. de la ley de 1.882. "Es preciso en primer término sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y a la garantía de acierto al fallo, asegure la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cual más importante: uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto, ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación de los delitos y el descubrimiento del verdadero delincuente; y otro, que la pena siga de cerca la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad...He aquí el conjunto de medios...": (y enumera los señalados en el texto).
- (88) E.de m. de 1.882: "Alude el infrascrito a la costumbre tan arraigada en nuestros jueces y Tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. La calificación jurídica provisional del hecho justiciable y de la persona del delincuente hecha por el acusador y el acusado una vez concluso el sumario, es en el procedimiento criminal lo que en el civil la demanda y contestación, la acción y las excepciones. Al formularlas empieza realmente la contienda jurídica..."
- (89) Este planteamiento responde al examen de las diferentes posiciones planteadas a lo largo de setenta años, y que narra LASSO, op. cit. III, págs. 170 a 195.
- (90) E.de.m. 1.882 "El Reglamento provisional de 26 de septiembre de 1.835, y las disposiciones posteriores publicadas durante el reinado de la Augusta Madre de V.M., introdujeron evidentes mejoras en el procedimiento criminal, pero no alteraron su índole esencialmente inquisita. Las leyes de 15 de septiembre de 1.870 y 22 de diciembre de 1.872, inspirándose en las ideas de libertad proclamadas por la revolución de 1.868 realizaron una reforma radical en nuestro sistema de enjuiciar con el establecimiento del juicio oral y público; pero mantuvieron el principio inquisitivo y el carácter secreto del procedimiento en el período de instrucción siguiendo el ejemplo de Francia, Bélgica y otras naciones del continente europeo".
- (91) GOMEZ ORBANEJA, Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal, Barcelona 1.947, y así lo recoge LASSO, op. cit. III, pag. 272, contradice los comentarios de ALONSO MARTÍNEZ sobre la tipifica

ción del principio. En síntesis es el sistema acusatorio o formal mixto, del modelo francés realizado de una forma diferente y peculiar, distinto a los de los sistemas de Francia, Alemania o Italia, Cfr. asimismo.

- (92) Cfr. FAIREN, y su trabajo ya citado en Temas...I, págs. 567 y ss.
- (93) Siguen esta orientación, ALCALA ZAMORA y MONTERO AROCA. Cfr. - op. cit. del segundo, pág. 267.
- (94) FAIREN, op. cit. I, págs. 593 a 596.
- (95) FAIREN, ibidem.
- (96) El art. 733 plantea problemas para determinados juristas, como recoge LASSO, op. cit. III, págs. 272 y 273. Surgieron fundamentalmente de que los ejemplos extranjeros no coincidían con nuestro sistema. Así en Francia y Alemania, se obliga al Fiscal a mantener acusaciones acordadas por el Tribunal.
- (97) Este principio, en su aspecto general, no se actualiza más que en el sistema acusatorio de 1.882. Hemos subrayado las líneas encontradas de su evolución por la importancia del mismo. MONTERO, op. cit., págs. 238 y ss señala el acierto de esta institución, cuya relevancia moral y política subraya con palabras de CALAMANDREI.
- (98) ALONSO MARTINEZ, resume en uno de los párrafos del tercio final de la E. de m. los supuestos de la actuación acusatoria - "Formado, el sumario...por funcionario independiente...; obligado a recoger así los datos adversos como los favorables al procesado bajo la inspección...hasta donde es posible, del - acusado y su letrado defensor...otorgada la acción pública... reconocida y sancionada la existencia del Ministerio fiscal.. resulta que puede sin peligro de los intereses públicos y particulares, ceñirse el Tribunal al ejercicio de una sola atribución: la de fallar como Juez imparcial del campo sin sujetar se a una prueba de antemano tasada por la ley....".
- (99) Se refieren a ellas, de los 20 títulos del Reglamento los números 4, 6, 7 y 8.
- (100) Prácticamente la doctrina se consolida en el Reglamento provisional de 1.835, y sobre esta materia tiene un comentario importante BRAVO MURILLO, Cfr. LASSO, op. cit. III, pág. 77.
- (101) Ley 12, título XIV, partida 3ª. Se admite la tasación de la - evidencia legal pro pruebas que no ofrezcan ninguna duda y no por sospechas. La afirmación coincidente de dos testigos sin tacha, entre otras, constituía prueba plena.
- (102) Regla 45: "En el caso de que examinadas las pruebas y graduado el valor, adquiriesen los Tribunales el convencimiento de la

criminalidad del acusado, según las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontraren la evidencia moral la ley...de la partida III, impondrán en su grado mínimo la pena señalada en el Código. Si este fuera indivisible, o se compusiere de dos igualmente indivisibles, los Tribunales procederán con sujeción a lo que disponen las reglas 1ª y 2ª del artículo 66 respecto de los autores del delito frustrado y cómplices del delito consumado".

La insuficiencia de esta regla se hizo sentir pronto, y sin toma de ello es la abundante bibliografía crítica del tiempo que recoge LASSO, ibidem, págs. 110-111.

- (103) Art. 12 de 1.870: "Los Tribunales y Jueces aplicarán las penas señaladas en este Código cuando resulte probada la delincuencia por cualquiera de los medios siguientes, apreciados por las reglas del criterio racional: 1ª Inspección ocular. 2ª Confesión de los acusados, 3ª Testigos fidedignos, 4ª Juicio pericial, 5ª Documentos fehacientes, 6ª Indicios graves y concluyentes. Para que pueda fundarse la condenación solamente en indicios es necesario. 1ª Que haya más de uno, 2ª Que resulte probado el hecho del que se deriva el indicio. 3ª Que el convencimiento que produzca la combinación de los indicios sea tal, que no deje lugar a duda racional de la criminalidad del acusado, según el orden natural y ordinario de las cosas".
- (104) Art. 741 de 1.882: "El tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término prefijado, por la ley.
- (105) Esta preocupación se manifiesta ya en Cádiz, tanto en el Reglamento de 1.811, como en la Constitución, donde los preceptos sobre cuestiones penitenciarias, es, como se ha señalado más arriba, desproporcionado con los dedicados a las cuestiones materiales del enjuiciamiento.
- (106) Nos remitimos a todo lo dicho en el capítulo segundo, del que las líneas anteriores en el texto son una recapitulación.
- (107) Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, op. cit. págs. 212 y ss.
- (108) E.de m. 1.812: "Vea ahora V.M. si el cuadro que ofrece entre nosotros un Código criminal, lleno de leyes promulgadas por la ferocidad y barbarie de los conquistadores del Norte, por la inquietud, depravación y crueldad de los emperadores romanos, y por el espíritu guerrero de invasión y caballería, que dominó por mucho tiempo durante la irrupción sarracena, unido al sistema de arbitrariedad y tiranía, introducido por reyes extranjeros contra nuestros antiguos fueros y libertades, y a despecho de la integridad y firmeza de nuestros jueces y magistrados; si este cuadro, repite la Comisión, clama o no porque se le sustituya por otro que represente la imagen de dulzura, de liberalidad y beneficencia que corresponde a la generosidad y grandeza de la Nación española....".

- (109) Cfr., nuevamente capítulo segundo.
- (110) Sesión de 17 de diciembre de 1.821.
- (111) Igual sesión. CALATRAVA aclara que no hay perpetuidad, sino - para el hombre "que en diez años no es capaz de dar muestras de enmienda ni arrepentimiento".
- (112) Como en las anteriores, el diputado CALATRAVA define su mantenimiento, que en el caso de la deportación, se juzga como - muy eficaz, "siempre que lográramos formar un buen establecimiento de deportación". Interesante alusión que hubiera sido aplicable a la discusión de las "medidas de seguridad más recientes".
- (113) Igual sesión. ROMERO ALPUENTE señala la ineficacia de la pena porque "lejos de prometer la enmienda, asegura la incorregibilidad, porque deja al reo sin vergüenza o sin honor o lo que es lo mismo, sin temor al desprecio de los demás hombres".
- (114) Cfr. en resumen el arts. 42 a 47.
- (115) Cfr. MARTINEZ ALCUBILLA: op. cit. voz "Código Penal". Manifiesta que las innovaciones de 1.870 sobre las penas son dos 1ª - Supresión de las penas perpétuas, pues si bien se conserva la de cadena y reclusión, solo son de nombre, porque cuando el - reo las haya cumplido durante treinta años, deberá ser indultado, siempre que por su conducta no deba continuar privado - de libertad; y cuando un reo de varios delitos se la haya impuesto por uno de ellos la pena de cadena perpetua, no podrá prolongarse su castigo por los restantes por un plazo mayor de diez años... 2ª Supresión de la pena de argolla, a que eran - condenados todos los co-reos de un delito, cuando por su comisión de había impuesto a alguno de los autores la de muerte.
- (116) Aún con todo, GOMEZ DE LA SERNA, mantiene en sus Elementos edic. de 1.851 (que según su propia confesión modifica supuestos de anteriores ediciones, en la materia de la pena) recoge principios de la pena, claramente expiacionistas: pág. 85, bajo la ambigua expresión "15. PROPORCION ENTRE LOS DELITOS Y LAS PENAS" habla no solo de la proporcionalidad relativa, sino de - la absoluta, esto es, en relación con el mal causado.
- (117) Es curioso que un diputado, MORENO, plantee la inoportunidad de la pena de muerte, incluso desde una óptica expiacionista.
- (118) GOMEZ DE LA SERNA, op. cit. págs. 82 a 88 del tomo III.
- (119) Cfr. MARTINEZ ALCUBILLA, loc. cit. voz "Código Penal" págs. - 902 y 903.
- (120) Así, las penas correctivas de presidio, prisión y destierro, no se diferencian esencialmente de las afflictivas presidio, - prisión mayores y confinamiento más que en los puramente cuantitativo de su duración. Arts. 26 y 29.

- (121) Evidentemente la diferencia de criterio en las libertades de imprenta y derecho fundamental de propiedad con las de asociación, reunión, manifestación etc...no llegan a establecerse - de modo concreto, porque no hay tal diferencia. Recordamos que nuestro análisis al principio del capítulo nos llevaba a concluir que eran cuestiones de tiempo y sujetos habitualmente - ejercientes de unos y otros derechos.
- (122) Cfr. LUCAS VERDU, La lucha,...donde se expone este problema.
- (123) Cfr. los lugares señalados en tratadistas como COLEMIRO o SANTAMARIA DE PAREDES.
- (124) Las alegaciones casi hipostáticas del Poder real al poder de la Administración que hace COLEMIRO, op. cit. II, págs. 295 y ss. se suprimen en SANTAMARIA DE PAREDES, que se enfrenta con esta materia desde un punto de vista más funcional y positivo. Las cuestiones sobre jurisdicción delegada y retenida, conciliables con los planteamientos doctrinales de los moderados, no soportaron la crítica de los demócratas. El sentido político de los dos conceptos se mantienen hasta 1.888 como reconoce MARTIN REBOLLO, op. cit. págs. 306 y ss.
- (125) Cfr. SANTAMARIA, op. cit. págs. 143 y ss, que aporta las líneas que dedican al tema POSADA HERRERA y SILVELA, y que coinciden en su espíritu con las descripciones de la acción administrativa de COLEMIRO o más tarde SANTAMARIA DE PAREDES.
- (126) Así lo hace MARTINEZ ALCUBILLA, op. cit. voz "Actos Administrativos", apartado I. El segundo se refiere a la caracterización de los actos como susceptibles de reclamación contencioso-administrativa.
- (127) Cfr. MZ. ALCUBILLA, ibidem.
- (128) Art. 1.560: "El arrendador no está obligado a responder de la perturbación de mero hecho que un tercero causare en el uso - de la finca arrendada; pero el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador.
"No existe perturbación de hecho cuando el tercero, ya sea la administración, ya sea un particular ha obrado en virtud de - un derecho que le corresponde".
- (129) Cfr. en este sentido la decisión de 14 de Septiembre de 1.849. Considerando 4º: "Para reformar los actos injustos o arbitrarios de la administración y poner a cubierto los derechos de los particulares de los perjuicios que por ignorancia o mala - fé de los funcionarios administrativos pudieran causarles con providencias ilegales de fondo o de forma, las leyes han establecido los recursos ante el superior jerárquico en la línea de la Administración activa, y ante los Tribunales administrativos, por la vía contenciosa..."
- (130) SANTAMARIA, op. cit., pág., 150.

- (131) Desde 1.836 a 1.845, no aparece la concreta organización por razones de la inestabilidad política. Como señala SANTAMARIA op. cit., pág. 151: "Hasta 1.845, la fiscalización del actuar administrativo se mantuvo entre las jurisdicciones especiales las manipulaciones sobre los conceptos de lo gubernativo y lo contencioso, similares a las operadas en el trienio constitucional y la intervención de los tribunales ordinarios, cada vez fuente de mayores conflictos, si hemos de creer a los autores de la época".
- (132) Cfr. en MARTIN REBOLLO, op. cit., pág. 90.
- (133) COLMEIRO resume la cuestión en op. cit., II, págs. 382 y ss.
- (134) COLMEIRO, op. cit., págs. 395 y ss.
- (135) GARCIA DE ENTERRIA, "La configuración del recurso de lesividad" En R.A.P. 15 (1.954), MARTIN REBOLLO, op. cit. págs. 114 y ss. 170 a 199.
- (136) Cfr. MARTIN REBOLLO, op. cit., págs. 91 y 206.
- (137) Constituyó este extremo otra conclusión del Congreso jurídico de 1.886, cfr. MARTIN REBOLLO, ibidem. Las discusiones sobre lo definitivamente recogido en el texto legal, MARTIN REBOLLO, págs. 196 y ss.
- (138) MARTIN REBOLLO, op. cit., págs. 205 y ss.
- (139) COLMEIRO, op. cit., II, pág. 396.
- (140) MARTIN REBOLLO, op. cit. págs. 190 y ss.
- (141) Aparece en 1.888 por un cierto mimetismo con la LEC, que lo exige para el recurso de casación. En ambos casos como valla-dar contra la indiscreción en la interposición de tales recursos. Cfr. LASSO: op. cit. II, y MARTIN REBOLLO, op. cit., pág. 121.
- (142) Cfr. SANTAMARIA, op. cit., pág. 91 nota 68.
- (143) SANTAMARIA, op. cit. págs. 190 y ss.
- (144) COLMEIRO, se refiere a esta extremo, pero por razones que no hemos llegado a descubrir, donde la ley dice "puede", el re-produce "debe", op. cit. pág. 405.
- (145) Cfr. MARTIN REBOLLO, op. cit. págs. 207-208.
- (146) Tomamos en este trabajo como representativa la de FAIREN, "La acción, Derecho procesal y Derecho político", en Estudios de Derecho Procesal, Madrid, 1955. Terminada esta tesis, y en la elaboración de las notas ha lle-gado a mi poder la interesante obra de DE LA OLIVA, Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional, Bosch, Barcelona, 1980, -

cuya difícil redacción -debida sin duda a la excelencia de su autor sobre el presente lector- me hace inferir que sus planteamientos tienen con lo presente puntos en común indudables.

(146 bis) FAIREN, La acción págs. 75-78.

(147) Veo que DE LA OLIVA coincide con esta observación, op. cit. - pág. 27, nota 42.

(148) Es de temer que la ciencia jurídica procesal, reconvertida tan recientemente de la pura práctica forense, quiera ahora obtener carta de nobleza científica, a base de trabajos sobre conceptos, contruidos por tejidos mentales y categoremáticos tan sutiles, y escurridizos, como fueron rudos e incoherentes y asistemáticos sus comienzos. Lograr el equilibrio sería un buen propósito. No cabe duda que estudios como los de RAMOS o DE LA OLIVA ya citados sugieren la idea de que tales autores han cedido a la tentación indicada.

(149) ALMAGRO: "El libre acceso..." ya citado.

(150) FAIREN, La acción, cit. págs. 85 y ss.

(151) Se afirma esto sin perjuicio de considerar la necesidad expuesta militante y acetadamente por FAIREN, de rebajar al declarativo de mayor cuantía de su pedestal de "modelo" de proceso.

(152) Ya se ha expuesto en el apartado inmediato anterior la copia - que en cuestiones procesales hizo el recurso contencioso-administrativo de 1.888 de la Ley de casación.

(153) DE LA OLIVA, op. cit. págs. 70 y 71 defiende la integración - del ejercicio del derecho al proceso y de la afirmación de la acción, en la pretensión. Aceptaríamos esta propuesta si no requiriese "confirmar el carácter no procesal de la acción". Aquí se plantea nuevamente la separación entre normas que conceden derechos materiales sin conceder derechos procesales - (cfr. pág., 57). Para explicar p.e. el meno de la renuncia del demandante, se podría acudir con efectividad conceptual, a la profundización del derecho a la jurisdicción como derecho medial, que hemos venido utilizando tomado de ALMAGRO.

(154) FAIREN, "La acción...pág. 94.

(155) ALMAGRO, "El libre acceso..." págs. 129 y ss.

(156) Ley 11, título 22 y ley 15, título 23 de la Partida III, como recoge GARCIA GOYENA: Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, Soc. Tipográfico-Editorial, Madrid, 1.852 pág. 24, comentando el artículo 12 del Código de 1.851.

(157) At. 742: "En la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo a los procesados no solo por el delito principal y sus conexos...sin que pueda el Tribunal emplear en este estado fórmula del sobreseimiento respecto de los acusados a quienes crea que no debe condenar".

- (158) Cfr. La sentencia de NOUGUES, op. cit., I, págs. 538 y 539. - En ella se cita precisamente como precepto legal fundante de la ilegalidad de la absolución de la instancia la ya referida ley 15, título 23 de la Partida III (cfr. nota 156).
- (159) Los fallos según tales preceptos son sólo de tres clases: declarativos, absolutorios o condenatorios. Tal régimen legal se contiene en la ley de 1.881, arts. 359 a 368.
- (160) NOGUES, op. cit. I, págs. 541 y ss.
- (161) Art. 333, 3ª en primera instancia y 98 y 111, para los Tribunales superiores y el Tribunal Supremo.
- (162) FAIREN, Temas, págs. 211, 216 y 217.
- (163) cfr. FAIREN: "La Recepción..." del que la nota anterior es remisión a concretas páginas. El trabajo, ya citado por nosotros, se encuentra en Temas I, págs. 197 y ss.
- (164) Los constituyentes de Cádiz consideran a estos recursos como - atentario contra la exclusividad del Poder Judicial, contra la unificación de fueros, en definitiva contra la odiosa institución de los "casos de corte".
- (165) Aunque la explicación total no se nos alcanza, se han dado razones más arriba en este mismo trabajo sobre el retraso en la aceptación de la casación, que tiene mucho que ver con la concepción inquisitiva de nuestro proceso penal decimonónico antes de 1.882.
- (166) Comentaristas tan diversos como NOUGUES, op. cit. I, 891 y ss. no difieren en sus categorías p.e. de las de LASTRES, Procedimientos civiles y criminales, Victoriano SUAREZ, Madrid, 1.887, págs. 289 y ss. o de cualquier manual actual.
- (167) COLMEIRO: op. cit. II, págs. 387, en el caso de los Consejos provinciales, y 413 en el Consejo de Estado. SANTAMARIA DE PAREDES, op. cit., pág. 854.
- (168) Cfr. MARTIN REBOLLO op. cit. , 92, y en especial la amplia nota 56.
- (169) MARTIN REBOLLO, ibidem, págs. 221 y ss.
- (170) MARTIN REBOLLO, manifiesta que sobre la discusión en torno a este tema se proyectó la más amplia de la jurisdicción retenida o delegada, cfr. ibidem.
- (171) Pero no es solo eso, como afirma FIEDRICH, Gobierno constitucional y Democracia, I.E.P., Madrid, 1.975, I, págs. 246 y ss. - "El método empleado para desempeñar esta función es de importancia básica en todo el sistema político".

- (172) Cfr. MARAVALL, Estado moderno y mentalidad social, siglos XV, al XVII, Revista de Occidente, Madrid, 1972, II Tomo págs. 226 y ss. (correspondientes a la fusión poder-real-justicia en la aparición del Estado moderno) y 430 y ss (correspondientes a la formación de la mentalidad social sobre la justicia hipostasada en los Tribunales, a lo que más tarde nos referiremos).
- (173) Es bien conocida la posición de Alvaro D'ORS o de CARRERAS, - que a nuestro entender comenta muy acertadamente MONTERO, op. cit. págs. 24 a 27.
- (174) Cfr. LOEWENSTEIN: Teoría de la Constitución, ya citada págs. - 317 y ss, correspondientes al capítulo "Controles interórganos de los Tribunales frente al Gobierno y Parlamentos." Sobre los derechos humanos: ROBER, Libertés publiques, ya citado, págs. 118 y ss.
- (175) MONTERO, op. cit., págs. 27.
- (176) SAUTEL, Histoire des institutions politiques de 1.789 à nos - jours; GODECHOT, Histoire de la magistrature française des - origines à nos jours.
- (177) Cfr. LUCAS VERDU, op. cit.
- (178) Cfr. el trabajo tantas veces citado de SANTAMARIA.
- (179) Cfr. su tratamiento en MONTERO, op. cit. págs. 28 a 38 al que nos remitimos.
- (180) Este es el profundo sentido que también recoge el autor citado en la nota anterior. Cfr. especialmente págs. 33 para la unidad y 38 para la exclusividad.
- (181) Llamadas así por PRIETO-CASTRO, Tratado de Derecho procesal, - Madrid, 1.952, I, 1, págs. 109 y ss.
- (182) MONTERO AROCA, op. cit. pág. 38 en que cita a DE LA OLIVA: "La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1.978", R.D.Pr. Ib. 2-3, 1.978.
- (183) SANTAMARIA, op. cit., págs. 118 y ss.
- (184) Creados por el Reglamento de 26 de Septiembre de 1.835, art. 76, mantenidos por el decreto adicional al de creación del - Tribunal Supremo y de Audiencias, de 5 de Enero de 1.844, art. 2º, nº 11, y por el de 26 de mayo de 1.854, el de 29 de Noviembre de 1.856, y el de 31 de julio de 1.867, hasta la ley orgánica.
- (185) Cfr. los art. 123 (correspondiente a Juzgados: de cad 5 vacantes, el Gobierno nombra a tres "entre los que considere más - dignos" entre los comprendidos en una serie de supuestos) art. 128 (a Tribunales de Partido, con las mismas características),

art. 134 (a la Audiencia, con la misma filosofía y una especial incidencia de las correcciones disciplinarias) etc...La ley adicional simplifica los turnos, pero no disminuye la proporción de la intervención discrecional del Gobierno.

- (186) Art. 264: "los Magistrados que hubieren fallado en la segunda instancia, no podrán asistir a la vista del mismo pleito en la tercera".
- (187) Art. 10: "No se me propondrá para plazas de orden judicial fuera de la Corte a los naturales del respectivo territorio a no ser que hayan nacido en el accidentalmente, a los casados con mujeres naturales del propio territorio, a no ser que se hallen en iguales circunstancias: a los abogados que hayan ejercido la profesión en la capital de la Audiencia o del Juzgado, y a los promotores fiscales para el en que hubieren ejercido este cargo, a menos que hubieren pasado dos años desde que unos y otros dejaron de ejercer la profesión o el cargo".
"Para un mismo Tribunal no se me propondrá parientes dentro - del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de o otro magistrado que ya estuviere en posesión.
"No podrán servir en un mismo Juzgado un juez y un promotor - fiscal que fueren parientes dentro de los mismos grados....".
- (188) Art. 114: Se plantea la prohibición de estar en el mismo Tribunal los que sean parientes en los grados señalados en 1.867 y sean magistrados, jueces inferiores, fiscales, etc....
- (189) Art. 117: Prohibición de ejercer jurisdicción en el territorio a que pertenezca el pueblo natal, en el de la propia residencia o de la mujer durante cinco años, en el de ejercicio de actividad económica o profesional, en el que se posean bienes raíces o ejerzan actividades lucrativas parientes en los ya señalados grados, en los que se hubiese desempeñado cargo auxiliar o subalterno.
- (190) Art. 110: Impedidos, procesados por delito, penados por pena correccional, o deshonrosa, absueltos de la instancia, quebrados no rehabilitados, concursados culpables, dudosos fiscales, acusados de vicios vergonzosos, "los que hubieren ejecutado - actos u omisiones que, aunque no penables, los hagan desmerecer del concepto público."
- (191) Se trata en este epígrafe de contener las medidas de garantía p.e. que MONTERO, op. cit. págs. 39 y ss, agrupa después de hablar de "Garantías frente a la sociedad", que recogen las que se han expuesto en el apartado anterior.
- (192) R.O. de 6 de Octubre de 1.853. E. de m.: "...es menester que a todos conste también que el porvenir de la justicia, su necesidad y santa independencia, están asegurados para siempre en el corazón de sus ministros, bajo la égida del Gobierno" (!) El art. 1º prohíbe las "esquelas", y el 2º las recomendaciones.

- (193) Const. de 1.837, art. 64; const. de 1.845, art. 67; const. de 1.876, art. 78. En el período democrático, se introduce este principio en la legislación orgánica, art. 6.
- (194) El art. 6 precisa las facultades reglamentarias del ejecutivo que "nunca alcanzarán a derogar, ni a modificar la organización de los Tribunales y Juzgados, ni las condiciones que para el ingreso y ascenso en la carrera judicial señalan las leyes". El art. 7º prohíbe a los jueces y tribunales "aplicar los reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las leyes", así como "dar posesión a sus cargos a Jueces y Magistrados cuyos nombramientos a la Constitución de la Monarquía, a esta ley o a otras especiales."
- (195) Const. de 1.812, art. 252; const. de 1.837, art. 66; const. de 1.845, art. 69; const. de 1.869, art. 95; const. de 1.876, art. 80.
- (196) Cfr. nota 176.
- (197) Art. 267: "Les corresponderá (a las Audiencias) también recibir de todos los jueces subalternos de su territorio avisos - puntuales de las causas que se formen por delitos, y listas de las causas civiles y criminales pendientes de su juzgado, con expresión del estado de unas y otras, a fin de promover la más pronta administración de la Justicia".
- (198) No debe confundirse esta medida con la que prescribe la R.O. de 16 de Mayo, sobre Archivos de Audiencias. Lo que no se acierta a comprender es la razón por la que se pueda solicitar por Tribunal superior una causa terminada, con objeto de enjuiciar asuntos. Si es el mismo, no está terminado. Si es diferente, no se acierta a comprender cual sea la utilidad de tal remisión.
- (199) En realidad, la revisión que ordena la Constitución de Cádiz, art. 267 citado tiene esta finalidad, pero se introduce en su redacción el inciso "avisos puntuales" que son los que dan origen al abuso.
- (200) De técnicamente incorrecto califica MONTERO, op. cit. pág. 41 nota 97, al art. 5 de LOPJ: "Lo prescrito en el artículo anterior no obstará para que los presidentes de los Tribunales, y en su caso, las Salas de gobierno, por conducto de los presidentes, dirijan a los Juzgados y Tribunales, a ellas inferiores, que estén comprendidos en su respectivo territorio las prevenciones que estimaren oportunas para la mejor administración de justicia, dando cuenta sin dilación al Tribunal inmediato superior, y directamente al Ministerio de Gracia y Justicia". De él han podido deducirse disposiciones como los correspondientes a la Magistratura de Trabajo ya derogados atentatorio contra esta independencia.

- (201) ALMAGRO, "Problemática del "recurso" de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados", R.D.Pr. Ib., 2-3, 1.971, págs. 291 y ss.
- (202) ALMAGRO, ibidem, pág. 294.
- (203) ALMAGRO, ibidem, pág. 297.
- (204) ALMAGRO: ibidem, pág. 297 a 299.
- (205) ALMAGRO: ibidem, págs. 299 y 300.
- (206) ALMAGRO, ibidem, págs. 300.
- (207) LOPJ, arts. 260 a 266, LEO, arts. 903 a 918.
- (208) ALMAGRO, "La responsabilidad..."cit. págs. 323 y ss.
- (209) ALMAGRO, ibidem.
- (210) Esta institución tiene una muy específica justificación que - contribuye a la independencia de los jueces. En realidad la - exigencia de responsabilidad penal a los mismos es tan escasa y medida, que podría pensarse en su relativa inutilidad. En la tradición decimonónica, no hemos visto que la institución del antejuicio aparezca hasta 1.870, como procedimiento especial. Conocemos dos normas legales al respecto: la ley de 15-22 de marzo de 1.937 -atribuye al T.S. el enciamento de estos supuestos- y la R.O. de 29 de enero de 1.843 sobre extrañamiento de Jueces procesados, en ninguna de las cuales vemos aparecer tal institución.
- (211) MONTERO: op. cit., pág. 45.
- (212) E.de m.: "Como la indole de nuestra antigua Constitución se - conserva casi inalterable en la sabia y popular institución - de los jueces o alcaldes elegidos por los pueblo y como nada puede inspirar a éstos mayor confianza que el que nombren por si mismos de entre sus iguales las personas que hayan de terminar sus diferencias...No obstante, la necesidad de que la justicia se administre con prontitud y uniformidad, y los difícil que es conseguirlo en tanto que por carga concejil, y no por ministerio propio se vean los vecinos de los pueblos obligados a entender en todos los ramos de la administración de justicia han movido a la Comisión a generalizar el sistema de jueces letrados de primera instancia mientras permanezca unida en unas mismas personas la facultad de calificar el hecho y aplicar la ley..."
- (213) MONTERO, op. cit. pág. 45 y sus trabajo sobre Justicia municipal allí citados.
- (214) Cfr. nota 176.

- (215) Sobre la amplísima bibliografía sobre el jurado, son de señalar dos tipos de trabajos. De carácter histórico: GIBERT, "El juicio por jurados en España" en la Rev. de la Fac. de Derecho, vol. XV, 42; GOMEZ RODRIGUEZ, "El Jurado, Observaciones al título cuarto y quinto del libro segundo de la ley provisional de Enjuiciamiento criminal" en R.G. de L.J. 1.873 (XLIII) págs. 140 y ss; MONTERO RIOS, "Algunas ideas generales acerca de la inamovilidad judicial y el juicio por Jurados", en R.G. de L.J. 1.872 (XLI) págs. 119 y ss. SANTAREN, "Observaciones acerca del jurado", ibidem 1.873 (XLIII), págs. 382, y ss. PACHECO - La ley del Jurado comentada, Imp. R.G.L.S. Madrid, 1.888. De carácter temático actual: FAIREN, Los Tribunales de Jurados en la Constitución española de 1.978, Civitas, Madrid, 79 ALCALA ZAMORA, "El Jurado popular" en Derecho procesal mexicano, Porrúa Méjico, 1976.
- (216) Sobre tal cuestión en el pasado, no es necesario probar esta afirmación sino con una simple referencia a cualquier comentarista o autor histórico. Por lo demás en las líneas que siguen quedarán suficientemente demostrado. Por lo que se refiere al presente, una simple consulta a las intervenciones parlamentarias lo demuestran.
Cfr. como resumen en cuanto al pasado SANCHEZ-AGESTA, Historia, cit. pág. 308; y en cuanto al presente, FAIREN, op. cit. págs. 79 y ss.
- (217) Se puede examinar en el trabajo ya citado de FAIREN la larga teoría de los juristas que se proclaman contrarios a esta institución. A él se une ALMAGRO, en "El derecho procesal en la nueva constitución". R.D.Pr. ib. 4, 1.978, págs. 837 y ss.
- (218) Cfr. la cita de FAIREN, op. cit. pág. 63, párrafo de el Discurso preliminar atinente al tema.
- (219) Cfr. el relato de esta sesión de septiembre de 1.820 por MARTINEZ ALCUBILLA, op. cit. voz "Enjuiciamiento penal".
- (220) Sesiones de 26 de septiembre y ss.
- (221) Realmente, si el proponente de la ley no tuviese mecánicamente asegurado la composición de los Jurados, no se entendería que si la presente era una "ley cuyo objeto era poner un muro entre la libertad y la licencia", señalase más tarde "...¿en qué especie de delitos será mas conveniente ensayar esta institución?. Claro está que en aquellos que no pueden ser definidos por las leyes, que no está sujetos, a reglas invariables y fijas; y ningunos delitos más vagos, mas dependientes de la opinión pública y arbitrariedad que los abusos de la Imprenta". Naturalmente, para obviar de alguna manera esto, se organiza un Jurado "atado y bien atado". Y no deja MZ DE LA ROSA de repetir aquel argumento mimético que hemos denunciado antes: "... Pues si la Constitución, para ser legislador y tener asiento en este salón agosto no exige otros requisitos, ¿qué más ha de exigirse para poder ser jurado?...".

- (222) Es curioso que en la misma sesión referida, la primera en que se plantea la ley de libertad, no sólo se levante en contra - CALATRAVA, como ya se ha señalado, sino también FLOREZ ESTRADA, conocedor profundo de la realidad inglesa, para matizar - las condiciones propias del jurado en aquella nación que no - coincidían con las del nuestro.
- (223) Se comprueba este extremo por las palabras de M. ALCUBILLA en su obra citada, voz "Enj. criminal", Asimismo en las estadísticas que figuran en TUNOZ y otros, Prensa....
- (224) Aparece aquí un nuevo argumento, sesión de febrero de 1.822.
- (225) Art. 93: "Se establecerá el juicio por jurados para todos los delitos políticos y para los comunes que determine la ley. "La ley determinará también las condiciones necesarias para - desempeñar el cargo de jurado".
- (226) Cfr. sesiones de abril de 1.869.
- (227) Cfr. LASSO, op. cit. III, págs. 215 y ss. En las discusiones - sobre la ley se plantea una vez la absoluta disparidad de cri- terios con lo mantenido en ocasiones anteriores sobre la mate- ria que podría ser objeto del enjuiciamiento de los Jurados.
- (228) De ella, como gran maniobra antijuradista hablan los coetáneos y los posteriores. MZ ALCUBILLA: LASSO, op. cit. III pág. 221, FAIREN, etc...
- (229) Cfr. LASSO, ibidem, pág. 279.
- (230) Resulta sorprendente que, como recuerda FAIREN, el único tra- bajo laudatorio de la ley fué el comentario de su autor, Fran- cisco de Asís PACHECO, La ley del Jurado comentada, Madrid, - 1.888. Ni siquiera su prologuista, ALONSO MARTINEZ, que era el Ministro firmante de la ley, pudo evitar declarar, "el estable- cimiento del Jurado en España ha sido un compromiso del parti- do liberal...y fué imprudente su implantación de 1.872 después de dos contiendas civiles..." En él se vuelve a incidir en el mimetismo del tno. de: "La figura del ciudadano quedó agigan- tada y empezó a inquirir cuáles eran sus derechos y los tribu- tos esenciales del Estado...que pretende intervenir directa- mente, así en funciones de poder legislativo como en las fun- ciones de la Justicia".
- (231) Comenzó a raíz de la publicación de la R.O. de 12 de julio de 1.899 en que se resumía el resultado de una Memoria pasada a todas las Audiencias sobre el tema. El resultado fué el desa- liento y desesperanza sobre la materia. Siguiéron los proyec- tos de reforma: de TORREANAZ (1.899) de GARCIA SAN MIGUEL - (1.902) etc....
- (232) MAZ ALCUBILLA, ibidem.

- (233) Cfr. la opinión coincidente de ALCALA-ZAMORA.
- (234) Tales reglas, y no tratamos aquí de una Teoría general de Derecho procesal, la firma FAIREN en torno a dos puntos cómo se reclutan, y qué materias se le entregan.
- (235) MONTERO, op. cit. págs. 44-45.
- (236) CURZ VILLALON, op. cit. págs. 100 y ss.
- (237) Existieron, según hemos comprobado bajo la Regencia de M^a Cristina.
- (238) CRUZ VILLALON, op. cit. pág. 320.
- (239) CRUZ VILLALON, pág. 324.
- (240) Sesión de 15 de abril de 1.821
- (241) Para la distinción entre ley marcial, estado de sitio y suspensión de garantías, cfr. el capítulo dedicado a este extremo en el capítulo anterior.
- (242) Cfr. Suspensión de garantías y CRUZ, págs. 342 y ss.
- (243) En MZ. ALCUBILLA, voz "Justicia" la introducción aparece dedicada en tres quintas partes a impugnar el régimen de sumisión de los civiles a los militares iniciado en 1.821. Recordemos que la obra que manejamos es la edición de 1.894. Todo un símbolo.
- (244) Cfr. NOUGUES, op. cit. pág. 403.

CAPITULO QUINTO.- LA PROTECCION PROCESAL EN CASO DE VIOLACION
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL PODER

I INTRODUCCION.

Es necesario formular una prevención antes de comenzar este capítulo, precisamente para situar en su punto el tratamiento específico de las violaciones de derechos de los sujetos dotados de poder. Hay una posición adoptada desde el primer capítulo que hay que confirmar. Se trata de el deseo de que el tratamiento de los derechos fundamentales y, en especial, su protección jurisdiccional no se convierta, una vez más, en un esfuerzo propio de la ideología liberal pura, según la cual - existe subyacente a esta protección la idea de que estos temas son una prueba más de la "natural" y "exclusiva" oposición existente, en las comunidades sociales, entre Estado e individuo. Contra tal idea, hemos señalado que no sólo es el Estado "frente" a quien se establecen y se juridifican los derechos fundamentales, sino que éstos deben ser también un punto de referencia que señale los límites máximos de acción entre los particulares, y en ese sentido nos proponíamos estudiar las diversas modalidades de protección teniendo en cuenta los diversos sujetos posibles autores de una violación, y especialmente los que estén dotados de poder público.

Como sabemos es éste el tema que el jurista húngaro SZABO ha denominado "la revisión de la concepción conflictual de los derechos del hombre". (1) Esta identificación del Estado, como un cierto arquetipo ético del Espíritu absoluto, con el ciudadano, tiene un innegable sabor hegeliano, con toda la carga pe-

yorativa que tal denominación conlleva para una mentalidad ideológica alineada en el campo de la democracia. Sin embargo, como todas las grandes aportaciones intelectuales, tiene también su aspecto positivo, que es necesario saber incorporar a nuestro bagaje cultural. La Historia ha demostrado que los planteamientos distanciadores entre Estado e individuo tienen también su escollo doctrinal, y es hacer caer al individuo en el mar proceloso del "libre" juego de las fuerzas "fácticas", tan esclavizantes como las que defienden una "asunción" del individuo dentro del Leviathan del poder público.

La solución a este dilema, que presenta ambas tentaciones de difícil, pero posible, vencimiento, tendría a nuestro entender una doble vertiente, que hace referencia a los dos aspectos que como posibles contradicciones, o deseables complementariedades, se ha indicado al principio:

- 1ª) Se trataría por un lado de establecer que los derechos fundamentales y su protección, en expresión que tomamos como - cristalización doctrinal muy lúcida de BURDEAU respecto al Estado, (2) no significan tanto la limitación de éste con - un marcado carácter "iusnaturalista", y poco eficaz, en el momento en que tales derechos individuales "no tienen más - valor que el que le viene determinando precisamente por el Estado, quien prescribe las condiciones de su ejercicio". No se explican tampoco por la construcción doctrinal de la autolimitación del Estado de JELLINEK, la versión alternativa del Derecho superior de DUGUIT, que participa de las desventajas de las dos concepciones anteriores. (3) Se necesita una nueva concepción de tales relaciones, basadas en elemen-

tos más empíricos y desmitificados, de entre las que podríamos escoger como prototipo -sin que ello signifique una ascripción doctrinal incondicionada- la ya citada de BURDEAU, según el cual se concibe a los derechos fundamentales y a su protección frente al Estado, como una derivación de la propia naturaleza del Poder político. (4)

Hasta ahora todos los enfoques anteriores suponen una actuación voluntaria por parte del Estado que se viera obligado -por virtud de una regla más o menos extrínseca, a la conversión en forma eficaz de cada uno de los contenidos de los -llamados derechos, o, más precisamente, "aspiraciones" humanas fundamentales. En estos casos, como dice BURDEAU, "el Estado se conformará a las exigencias del Derecho, pero nunca por necesidad interna, sino por una inestable y dichosa coincidencia". (5) Y sigue este autor: "El punto de vista erróneo está en el desconocimiento de que el Estado es una forma de Poder político, y como todo poder es tributario de una idea -de Derecho que le sostiene y cuya acción legítima; como todo poder, las decisiones y las voluntades que se expresan en su nombre no tienen valor jurídico, sino en la medida en que son dictadas por la idea de derecho que les sirve de soporte. Entre el Derecho y el Estado no hay ninguna solución de continuidad. No hay que imaginar ninguna construcción (extrínseca, diríamos nosotros) para justificar la limitación del Estado, desde su nacimiento está subordinado al Derecho. Dos cosas -pueden hacer los gobernantes, o expresar y traducir la idea del Derecho, y entonces, pueden alegar que ejercen el poder -del Estado, o bien desconocer las exigencias de esta idea y entonces están ejerciendo un poder práctico que no es más que

la caricatura del poder estatal". (6)

La derivación conceptual de esta inversión de la teoría - Kelseniana de la identificación entre Derecho y Estado, que mantiene al menos una apariencia externa de un cierto "ius-naturalismo", lleva a la construcción de la teoría del "estatuto de los gobernantes" bien conocida por todos los que de alguna manera se han acercado al pensamiento del autor-francés. Esta teoría (que, repetimos, no adoptamos como adscripción totalizante, sino como paradigma de referencia) ontologiza de alguna manera la necesaria presencia de lo "justo", "digno" y "conforme al hombre", como requisito del Poder, y esto es lo importante, no sólo de su validez, sino - también de su eficacia. (7)

De acuerdo con la teoría de BURDEAU, en un aspecto que ya - se renunciaba en los institucionalistas, las leyes internas de funcionamiento del Poder -incluso el que no es político- exigen el respeto de determinadas condiciones y requisitos - que, por la peculiar textura del hombre y de los grupos humanos, son a la vez axiológicos y operativos. (8) La vieja dicotomía entre Ciencia de lo social y Axiología de lo - social, que esbozara MAQUIAVELO, viene a resolverse, como ya anunciara "El Príncipe", aunque fuera de modo indirecto y subsidario. Ese conjunto de requisitos axiológica y operativamente relevantes son lo que para el francés vendría a constituir el contenido -por lo demás, en constante evolución, - no siempre linealmente progresista- del "estatuto de los gobernantes", como aquél en virtud del cual ciertas voluntades individuales podrán ser consideradas como las del poder es-

tatal (legítimo), a condición de ser formuladas en determinadas condiciones y, por consiguiente, ser tenidas como expresión de la idea de Derecho, que este poder encarna. (9)

El conjunto de valores que constituyen los llamados derechos fundamentales se integrarían de modo armónico en este estatuto. No sólo por su valor inmediatamente ético, sino también por otra razón que creo hemos dejado patentemente demostrada, y es que esos principios o valores que constituyen paradigmas conformes con el respeto, la dignidad y la libertad, son al mismo tiempo medidas que suponen un auténtico avance en la técnica jurídica, esto es, la consecución inmediata de los fines próximos de cada institución jurídica que tiene neutralmente atribuída.

- 2ª) La utilidad de la doctrina de BURDEAU, es evidente para quien se haya propuesto la duplicidad de fines señalada al comienzo. Con ella, es posible una trasposición de la reflexión sobre el poder político a otros grupos de poder, que, como veremos, es necesaria al tratar de este tema de la protección procesal y los derechos fundamentales.

La fundamental intuición de esta doctrina jurídica. consiste en el descubrimiento de la necesidad de que los derechos fundamentales formen parte esencial de la estructura jurídica que no sólo legitima, sino que posibilita la existencia de los núcleos de poder, sean estos del tipo que sean. La ausencia de esta estructura determina la ineluctable desaparición de tales núcleos. (10)

Esta serie de afirmaciones, que pueden producir una cierta perplejidad, han de completarse con una paladina afirmación del carácter eminentemente relativo y evolutivo de los contenidos que integran la estructura jurídica. La Historia es el principal testigo de que, cuando hablamos de estructura jurídica, no nos estamos refiriendo a aquella que encarna concretos y determinados valores con una vigencia - "subespecie aeternitatis". Estamos indicando que la pretensión de legitimidad de un núcleo de poder tiene -precisamente a lo largo de la Historia- una correspondencia biunívoca con una determinada estructura normativa, que de un modo más o menos amplio se asume por la comunidad social en la que se plantea ese poder como "util" para el mantenimiento de una cierta seguridad en la justicia. Cada época integra determinados valores de un modo más o menos acusado, o unas finalidades más o menos conscientes, en cuyo origen y selección juegan no pocos factores, que deben ser asumidos por una hipótesis totalizadora de creación de normas. Pues bien, precisamente este examen histórico nos plantea la evidencia, de que uno de los valores a asumir -si se quiere formar pero no por ello menos hondamente sentido- es el de la protección jurídica.

Independientemente de toda la carga de extrapolación tética que se quiera descubrir en esta reflexión, resulta de una cierta evidencia la constatación de que, al menos en el siglo que estudiamos, y no por generación espontánea, sino por una cierta decantación histórica y ciertamente por un afinamiento de la conciencia ética, se concibe que el poder para legitimarse tiene que estar dotado de unas leyes internas de funcionamiento, que contengan en su seno normas de -

autoregulación procesal referidas a los aspectos que resultan más fundamentalmente críticos para la convivencia social.

Es ésta precisamente una de las razones por las que hemos abordado como tema específico el estudio de la protección procesal de los derechos humanos respecto del poder político. Porque los tímidos intentos del siglo XIX, y los cada vez más perfectos sistemas de protección procesal frente a él, sin llegar jamás a la cierta madurez con que hoy los tenemos, pueden iluminar el costoso alumbramiento de este tipo de protección frente a tantos poderes fácticos de carácter metapolítico o infrapolítico, y que en materias que parecen sustraídas del área del Derecho Público, (el que con una cierta cortedad de visión se ha querido encerrar el tratamiento de los derechos fundamentales -y muy especialmente el tema de su protección jurídica-) tiranizan de hecho con muchísima mayor impunidad a los ciudadanos, los grupos o los mismos Estados. (11)

La protección de los derechos fundamentales se puede llegar a concebir así como una causa, a la par que síntoma, de la efectiva limitación a los abusos de poder de cualquier detentador de los mismos, y al mismo tiempo, según esperamos ir dejando demostrado a lo largo de todo este trabajo, una de las internas leyes de funcionamiento de tales núcleos de poder, en favor de su propia supervivencia.

El siglo XIX plantea como la primera cuestión, la efectiva protección de los derechos fundamentales frente al poder ejecutivo, cuando éste no esté legitimado en su actuación

por la ley o la decisión jurisdiccional, a su vez, respaldada en la ley. Esta preocupación prima de tal modo en la mente de los ideólogos y los legisladores del siglo XIX, en sus diferentes pasos evolutivos, 1.812, 1.854, 1.869, 1.873 (dado que las demás fechas de cristalización de declaraciones de derechos son, como hemos visto, auténticas regresiones), que la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares se refieren, por desgracia, sólo a aquellos aspectos de abuso del propio derecho que pueden constituir infracción penal, y se construyen a imagen y semejanza de las posibles infracciones del poder ejecutivo. Se concibe que quien viola los derechos fundamentales es de algún modo sujeto dotado de poder fáctico que es necesario limitar en su actuación.

La visión del idealismo político liberal considera que el poder legislativo es auténticamente inerrable, porque expresa la voluntad general, que es no ya la intérprete, sino la titular del interés general. Hay una especie de hipóstasis - que volvemos a calificar de idealista- del bien común, que se encarna en la colectividad política reunida en Parlamento. La extrapolación de la doctrina de ROUSSEAU y de LOCKE llevan a estos extremos, al aliarse en todos los países de tradición tomista, Francia, España, Italia, con el supremo arquetipo -tan enraizado en esta mente individual y colectiva- del "bonum commune".

Precisamente por eso se considera que no puede haber violación de los derechos humanos en el legislativo. Esto es, que la legalidad ordinaria va a ir de acuerdo con los ideales modelos de justicia y de recta organización política sin más -

sombra de suspicacia. La suprema ensoñación que esto supone se rompe pronto por la obra de los moderados, como veremos en su momento. (12).

Lo que nos interesa subrayar aquí es, sin embargo, que esto produce una ausencia total, hasta bien entrado el siglo XIX, de instrumentos jurídicos que supongan una protección -no solo jurisdiccional, sino ni siquiera política- frente a los posibles desmanes de las mayorías dominadoras de los Parlamentos, que son en definitiva los auténticos artífices de las leyes.

¿Y qué podríamos decir respecto del Poder Judicial?. La mitificación de este Poder, al que se ha hecho repetida alusión más arriba, y que aún hoy día nos sobrecoge, hunde sus raíces en la mentalidad decimonónica. Hay también en este periodo una cierta concepción de infalibilidad atribuida a la organización judicial. Se concibe que, al menos, en la cumbre de la jerarquía, las decisiones judiciales reflejan, en virtud de una casi teológica gracia de estado, la autenticidad del Derecho y la Justicia, en una correspondencia total. De todas maneras, hay lineamientos concretos fuera de los que el Poder Judicial no puede moverse, se trata de los marcados por la ley. Lo que ocurre es que no se pone en duda la posible interpretación abusiva del Derecho. (13)

Los controles del Poder Judicial son exclusivamente internos, por vía de corrección de los niveles superiores de la jerarquía organizativa judicial, que se suponen más experimentados, peritos y objetivos que los anteriores. No hay contro-

les externos, pero, por desgracia para nuestros antepasados del XIX, pronto se puso de manifiesto esta necesidad. Los caminos de la solución fueron extrínsecos y en la mayoría de las ocasiones plagados de errores técnicos, como es la proliferación de las jurisdicciones no judiciales; la aparición de los jueces de hecho, etc. Estas se manifiestan, sobre todo, en todas aquellas materias que podrían suponer un entorpecimiento de los esfuerzos de renovación, no siempre acertadas, de la Administración Pública y su relación con los ciudadanos. La tendencia muy marcada del Poder Judicial en favor de las soluciones más conservadoras se ponían de manifiesto en estas materias, pero tal mentalidad se desplegaba, también, y con mucha menos oposición por los sectores más liberales, en temas de orden privado o penal. Así creemos haberlo dejado demostrado ampliamente.

Junto al poder judicial, existe también en el siglo XIX otro poder fáctico, cuyas coordenadas jurídico-estatutarias van a demostrar una gran resistencia a introducir criterios reguladores basados en la defensa de los derechos fundamentales: el Ejército. Este poder, último recurso, pero tantas veces empleado por absolutistas, moderados y progresistas goza, como aquél, de una cierta legitimación social para mantener, en sus pautas de conducta, los viejos resabios absolutistas. (14)

En el terreno de los poderes fácticos, es necesario referirse a otros grupos que detentan poder efectivo, cuya influencia fué muy importante a lo largo de la centuria que estudiamos, entre los que cabe señalar la Iglesia, los grupos econó-

micos, los nacientes colectivos de trabajadores, etc....La impresión que la creciente literatura nos proporciona es - que sólo muy tardíamente algunas mentalidades supieron comprender lo que era muy claro en el caso del Poder político, ésto es, que la estructura de poder se juridifica sometiendo tales estructuras a un "estatuto", dentro del cual fuera primordial línea de fuerza el respeto a los derechos fundamentales, y la sumisión de su conducta a las exigencias crecientes que imponía el respeto a la persona, a su dignidad y a la libertad. (15)

Esta labor se centra en extrapolar las condiciones del ejercicio del poder arbitradas para el poder político. Los pasos son muy lentos, y, llevados por el individualismo dominante, se centra sobre todo en la protección jurídica de las relaciones interindividuales, y sólo en un segundo paso, toma conciencia de las profundas desigualdades a que puede llevar esta atomización. La protección jurídica, y la que ahora más nos interesa, la procesal o jurisdiccional, concebidas con una especificidad clara sólo se manifiesta en embrión a finales del siglo.

Planteado así el tema es necesario estudiar con una cierta detención los supuestos que hemos enunciado, tomando en consideración los diferentes núcleos de poder que pueden constituir los sujetos de la violación de los derechos fundamentales y los instrumentos que se van arbitrando para otorgar una eficaz protección a los posibles afectados pasivamente por tales violaciones. (16)

II LA VIOLACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL PODER LEGISLATIVO

La absoluta inmunidad del legislativo a lo largo del siglo XIX, en la práctica totalidad de los países europeos ha sido - puesto de relieve por un ingente número de tratadistas, sobre - todo los franceses, que mantienen como un dogma de fé, hasta - bien entrado el siglo XX, esta prerrogativa del legislativo.(17) En la nación vecina existe un específico precepto constitucional que prohíbe, no sólo "inmiscuirse en la tarea del legislativo por parte del Poder Judicial", sino también y de modo expreso "suspender la aplicación de las leyes".

La razón de la preeminente consideración ideológica de la ley como algo inmaculado al cristalizar la voluntad general se unió a la desgraciada experiencia del Senado, revisor en la época imperial. Es éste un ejemplo más de la nefasta influencia de los "avances" técnico-jurídicos introducidos sin el más mínimo respeto a sus reglas internas de funcionamiento. (18)

A esta tradición, que como sabemos sólo fué superada de modo definitivo en la IV República, se suele oponer en la doctrina la tradición anglo-sajona; tanto inglesa como americana. La verdad es que también en el continente existen antecedentes de la criticabilidad constitucional del legislativo en los ejemplos federales suizo o austriaco, precisamente por razones de desconfianza respecto de las normas de carácter general que en los Estados Federales pudieran ser dictadas por los órganos legislativos inferiores. Resulta muy importante señalar desde un principio la vinculación de la aparición de estos supremos órganos jurisdiccionales a la organización de un Estado Federal, pues ve-

remos que en España será precisamente este fenómeno federalista el que dé ocasión al nacimiento de la Justicia Constitucional. (19).

Lo que resulta de todo punto necesario es estudiar la consideración que merece a nuestros políticos y a nuestro sistema jurídico, a lo largo del siglo XIX, la posible violación de los derechos fundamentales por la ley. Este estudio no se puede afrontar sino dentro de un examen conjunto de tres elementos: la valoración del poder legislativo, desde dos puntos de vista: su "falibilidad" en asuntos atinentes a los derechos fundamentales, y su posible conversión en Poder jurisdiccional, la consideración de la Constitución como norma plena; y por último, las efectivas violaciones de los derechos humanos por el legislativo, que constituyen el auténtico motor interno o idea fuerza que produce la aparición (junto con algunas otras causas) de la Justicia Constitucional.

La razón de esta necesidad estriba en que la historia del siglo XIX español, ofrece abundantes indicativos de que los políticos y los juristas clamaban en favor de este sistema, según hemos visto. Razones políticas impidieron su adopción. La coherencia sistemática que existe entre estos presupuestos a examinar y lo que hubieran sido las realizaciones concretas, ofrecen una perspectiva nueva de nuestro XIX. En las siguientes líneas lo intentaremos demostrar.

A) Valoración jurídica y política del Poder Legislativo en XIX español

No resulta posible, en este trabajo, hacer un estudio compa-

rativo e histórico de este tema en relación con las diversas - especialidades y teorías del Derecho político europeo o americano. Nos incumbe más bien la tarea de ceñirnos al caso español, que recoge , sin embargo, en cada momento las influencias indudables de la doctrina y la práctica comparadas.

Para hacer este trabajo, optamos también, como lo hemos hecho desde un principio, por estudiar las opiniones de la - "clase política" más que de los tratadistas de estos temas, en el área doctrinal. Y ello por dos razones, los trabajos académicos, que son prácticamente la única literatura jurídico-política del tiempo recogen, con una criticable imitación, las líneas ideológicas clásicas o nuevas, pero transplantadas de los modelos extranjeros a los que imitan, guardando en la mayoría de las ocasiones una sensible distancia de lo que la realidad patria podría sugerir; por otro lado, son los pensamientos de los políticos "actuales" los que imponen definitivamente su - impronta en la legislación y la práctica española.

1.- Las Constituyentes de 1.812

La discusión central sobre el concepto de las Cortes en - Cádiz, se refiere fundamentalmente al problema de la abolición de los Estamentos. (20) Parece existir un unánime consenso al menos entre los diputados liberales, de que la suprema garantía de la estabilidad de la Constitución y del nuevo orden constitucional es precisamente la nueva institución de las Cortes. A ellas y a su reunión anual atribuye ARGUELLES (en su discurso sobre el Consejo de Estado) la suprema seguridad de la permanencia del sistema político que se instala en España. (21)

A esta optimista concepción de las Cortes, se unen otras dos - razones que arguyen inconscientemente en favor de una falta de previsión de los recursos contra leyes no constitucionales. Tales razones son, en primer lugar, que la Constitución no hace sino restablecer en su auténtica pureza las costumbres políticas españolas tradicionales más racionales y más alejadas del despotismo. La prolijidad de la norma fundamental en realidad responde a la necesidad de fijar la auténtica doctrina jurídica española, borrada o alterada por gobiernos despóticos. (22) En segundo lugar, esta misma prolijidad se considera en sí misma un límite natural a la posible legislación anticonstitucional. Ninguna Corte podrá legislar en contradicción con la Constitución, por la misma "fuerza" de la propia entidad moral que tiene lo legislado. ¡Cuánto idealismo jurídico se encierra en esta concepción !. (23)

El problema se traslada por ello a otro punto, en virtud - de esta ciega confianza en la "buena voluntad general" que hará llegar a las Cortes a los auténticos representantes del bien común patrio, y a la suposición de que éstos nunca se verían tentados, en virtud de otra "seráfica" suposición, no sólo a no legislar contra lo dispuesto por la norma fundamental, sino a no modificarla, para que, bajo ella, puedan caber leyes contrarias al nuevo espíritu.

Tal punto es la cuestión, tan frecuentemente tratada, de - la posible modificación de la Constitución. Los peligros de futuro, que puedan suponer alteración de los dogmas liberales fundamentales, entre los que están muchas cuestiones como la soberanía, la representación, la división de poderes, y también las libertades fundamentales reconocidas en la Constitución, no pro-

vienen de posibles leyes anticonstitucionales, sino de alteraciones limitadoras de la propia Constitución. Para ello se establece el sistema de la difícil modificación de tal texto, que, al menos, en un plazo de ocho años será inmodificable. (24)

Las Cortes futuras podrán hacer todo tipo de ley ordinaria, y a las manifestaciones que consagran tal facultad no se pone - sordina alguna por los diputados, quienes tienen muy claro, como han puesto de manifiesto tantos comentaristas de la época, la distinción entre los dos tipos de preceptos. Pero no podrán alterar la Constitución, sino en las condiciones establecidas por la ley.

¿Qué ocurriría si estas leyes no guardan la Constitución?. Aunque frontalmente no tratan este problema, como venimos diciendo, hay un curioso mecanismo histórico en la discusión de la Constitución y es el tratamiento del veto real, no en el momento de la discusión de su articulación normativa, sino precisamente en las largas sesiones empleadas en establecer las últimas prevenciones constitucionales sobre las modificaciones constitucionales.

Llama la atención que los constituyentes del 12 mirasen - con auténtico pesimismo la institución del veto real a la promulgación de las leyes. Así se demuestra al discutir los artículos correspondientes a su regulación, aunque poco después, por boca de ARGÜELLES, (25) aluden a la utilización que en Inglaterra se hizo de la prerrogativa real del veto en 1.807. Dice el legislador "aunque ambas cámaras (se está refiriendo a las inglesas) por un extravío inconcebible, y en mi dictamen metafísico ("sic") llegasen un día a aprobar un "bill" que trastornase

el orden del Estado, la prerrogativa Real sería capaz por sí sola de frustrar este designio". La doctrina expuesta, que es perfectamente aplicable al veto de cualquier ley contraria a la Constitución, no se aprovecha en toda su extensión por el orador. Se circunscribe al posible veto inglés sobre la reforma constitucional, precisamente porque en aquél sistema jurídico no existe esa diferencia de tipos de legislación. La consecuencia es que el veto para la reforma constitucional inglesa ha sido mejorado en España y en el texto presente, por la expresa participación de todo el Reino, y en la atribución por éste de poderes especiales a los Diputados, si, basados los consabidos ocho años, se considera congruente modificar algún precepto constitucional.

Pero curiosamente se prevé constitucionalmente el veto Real a la legislación ordinaria. (26) Lo que no se concreta en ningún caso es la utilización de esta institución por el Rey contra las leyes anticonstitucionales, sino que (y de aquí procede la impresión de que los legisladores del 12 eran pesimistas respecto de la condición liberal del Rey), se limita hasta extremos taxativos el ejercicio de esta prerrogativa, que, evidentemente, se supone constituirá en todo caso una manifestación de la discrecionalidad y, porqué no decirlo, arbitrariedad real, a la que están tan acostumbrados, y que en su último límite hay que anular. (27)

La opinión de las Cortes de 1.812 que esta Institución, limitada por los ideales frenos del Código constitucional, que es a la vez moral, político y jurídico, no legislará contra la manifiesta voluntad del pueblo, que por definición, estiman inerrable.

Esta creencia, cuyos últimos fundamentos ideológicos hemos insinuado, lleva además a otra conclusión. Dentro del juego de la división de poderes, es el legislativo el que tiene una cierta preeminencia. Veamos este tema que incide muy fundamentalmente en la organización del embrión de Jurisdicción constitucional que luego examinaremos.

La Constitución de Cádiz consagra un equilibrio de poderes sin que ninguno de ellos pueda atribuirse funciones de los otros. Así el poder legislativo no puede atribuirse funciones jurisdiccionales. (Art. 243) ¿Es ello totalmente cierto?. Estudiemos nuevamente el último título de la Constitución. Se habla en el primer precepto de este título que "Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubiere hecho presentes, para poner el conveniente remedio y HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD de los que hubieren contravenido a ella". (Art. 372)

¿Cuál es el sentido pleno de este precepto?. La interpretación que hemos de asumir no puede venir determinada solo por el estudio de la letra de la Constitución, sino también de la importante normativa, de la ley de infracciones constitucionales tanto de 1.813 como de 1.820. Veremos, y en este punto coincidimos con FAIREN, que se trata de una auténtica excepción constitucional del principio de la separación de poderes, impuesta por una mejor defensa de los derechos fundamentales. (28)

En principio hemos de señalar que tanto este precepto como el siguiente, recogen, bajo una aparente declaración del derecho de representación o petición, una auténtica declaración de legitimación del recurso jurisdiccional ante las Cortes, ante una -

violación de la Constitución. La historia de tres años escasos ofrece en el Diario de Sesiones la impresión de que los legisladores, nada más aprobarse la Constitución, se asustan ante la indudable caracterización jurisdiccional de las facultades atribuidas a las Cortes por el primero de los artículos: caracterización que se refuerza con el segundo. El principio de la separación del poder legislativo respecto del judicial se pone de manifiesto en la interpretación de las primeras consideraciones ante un caso de responsabilidad, presentado por Gregorio Antonio FITZGERALD. (29) Poco después, y precisamente por las imprevistas consecuencias de ese asunto, las Cortes llegan al convencimiento de que éstas han de asumir necesariamente funciones jurisdiccionales, por el lento funcionamiento de tal poder en orden a proteger contra las violaciones constitucionales. (30) La labor legislativa ordinaria que desarrolla estos dos preceptos nos han hecho llegar a la conclusión de que en esta época existe en España un auténtico embrión constitucional. La importancia de este tema nos obliga a dedicarle más abajo una especial atención, por constituir una interpretación, no nueva, pero sí poco extendida, de nuestra historia político-jurídica. Hemos de anticipar que tal precepto y su desarrollo legislativo ordinario formulan por primera vez en el Continente europeo un instrumento de control NO POLITICO, SINO JURISDICCIONAL, de la actuación del poder o de los súbditos.

Lo que queda claro es la auténtica sumisión de los jueces y Tribunales de cualquier clase que sean a las Cortes en las materias sobre infracciones de la Constitución. Incluso en la primera época asumen las funciones disciplinarias que la Constitución atribuye a los Tribunales superiores sobre los inferiores.

2.- Los antecedentes en la Constitución de Bayona

Llegados a la conclusión que en el número anterior hemos sentado, a reserva de una mayor y más completa argumentación, se plantea la cuestión de los orígenes que podían tener este precepto: Ni la Discusión de las Cortes de Cádiz, ni el examen de la Comisión de Constitución nos ofrecen luz alguna sobre ello. En ambos casos, las reacciones de los correspondientes preceptos se aprueban sin discusión. (31) Sin embargo, hay un leve indicio, en las actas de la segunda, de que estos artículos fueron redactados por el constitucionalista RANZ ROMANILLOS, cuya significación ha sido puesta de manifiesto en este trabajo en ocasiones anteriores. (32)

Pues bien, este extraño e importante personaje conocía bien la legislación constitucional imperial que formulaba la posibilidad de que el Cuerpo legislativo juzgara las infracciones, no en general de la Constitución, sino precisamente de los derechos fundamentales de la persona y de la libertad de prensa, y que, como ya hemos indicado, se recogieron de modo imperfecto en la Constitución de Bayona.

El fervor indudable que en torno al nuevo texto de 1.812 - se suscitó en toda la representación nacional reunida en Cádiz, posibilitó la ampliación de aquellas facultades en el seno del Poder legislativo y referidas a cualquier precepto constitucional. No encuentro otra razón pausable para esta innegable innovación del texto español.

En cuanto al segundo punto de la valoración que se examina,

las corrientes ideológicas de Bayona son claras, y se sitúan en la misma línea de considerar al Poder legislativo con una sensible inclinación hacia el idealismo político encerrado en la impresión de que tal poder es "inerrable" en los temas fundamentales jurídico-políticos entre los que se encuentra el respeto a los Derechos Fundamentales.

3.- Las Constituciones moderadas

Si en algún punto se muestra una prodigiosa cercanía ideológica, entre las Constituciones que hemos llamado moderadas, por debajo de determinadas afirmaciones más o menos verbalistas, es precisamente en torno al tema presente.

A las dos que tradicionalmente se han considerado como tales, las de 1.845 y 1.876, aparte del Estatuto Real, hay que añadir, como ya se ha hecho en otros momentos de este trabajo - la de 1.837, y en cierto modo incluir, como influida por tales principios, a la de 1.856.

Los supuestos doctrinales más específicamente democráticos, y que comenzaron a formularse en 1.812, sólo son recogidos por las de 1.869 y 1.973.

Hay una idea fundamental que sobresale por encima de todas las demás, en la consideración política de las Cortes sobre sí mismas, que produce esta cercanía efectiva y toda la construcción consiguiente del Cuerpo legislativo. Es la dialéctica Rey-Cortes en torno a la potestad legislativa. Por mucho que algunos de los textos (1.837-1.856, aquél en el preámbulo, éste en el articulado) se diferencien de los otros en la expresión formal

de la residencia de la soberanía nacional en las Cortes, su expresión práctica coincide en todos de modo que el ejercicio fundamental de tal soberanía, como es el de la potestad legislativa se confiere en todos los casos a las Cortes con el Rey. (33)

Precisamente por ello, podemos aunar bajo una sola rúbrica la valoración que ahora se plantea, en todos los textos. No cabe duda que existen matices, que hacen más claras estas diferencias en los textos inspirados con mayor incidencia por los presupuestos doctrinarios, pero su presencia es general.

Los principales trazos de esta visión se podrían resumir, a lo que ahora interesa, en estos puntos:

- a) Las Cortes son fundamentalmente el contrapeso del Poder real. Esta es la razón básica de su reinstauración en el año 1.834, y a ello se refiere expresamente la Exposición de motivos del Estatuto Real. (34) Son manifestaciones que no se van a recoger con posterioridad, porque en los textos siguientes la preocupación política se va a centrar alrededor de la composición y funciones del Senado.

Sin embargo, los teóricos más importantes del moderantismo - van a recoger con uno u otro matiz esta visión, así lo harán DONOSO, PACHECO, ALCALA GALIANO, y últimamente CANOVAS. (35) El hilo conductor de todos estos pensamientos es que la bipolaridad del Poder contribuye a una implantación más paulatina y sólida de los nuevos sistemas políticos, a asegurar - la supervivencia de la Monarquía en el país -de cuya "Constitución interna" forma parte esencial tal institución- y, sobre todo, a establecer y mantener el fundamental pacto burguesía media-Estado. (36)

Esta misión de mutuo apoyo enturbia sus relaciones, siempre difíciles, y sitúa la cuestión en el matiz de quién se superpondrá en cada momento. La tensión tiene diferente resultado bajo los progresistas o bajo los moderados, y éste será el matiz característico de una u otra Constitución o legislación, pero siempre dentro del mismo esquema. (37)

Por otro lado, se va a producir una extrapolación de la sacralidad de la consideración del poder real a las Cortes, y el respeto hacia ellas no va a provenir de la propia misión de representación, sino de la participación de las atribuciones míticas y arquetípicas de la persona a la institución - real. Psicológicamente supone una eficaz barrera contra la conciencia de falibilidad, no correspondida después por la contrapartida de una efectiva situación de fuerza, sobre todo en las épocas moderadas, en las que su posibilidad de disolución por el Gobierno es inmediata. (38)

- b) Las Cortes se constituyen por ello más en Cámaras deliberantes y de discusión política que en auténticas Cámaras legislativas.

No cabe duda que la tan recordada, y a veces añorada capacidad oratoria parlamentaria del siglo pasado, se origina más bien por la necesidad de plantear con la mayor agudeza la expresión de la propia idea, mantenida, antes, durante y con posterioridad a la votación decisoria.

Esta definición de las Cortes como Cámaras mas bien de pura discusión no ha sido nunca autoreconocida por ningún documento, declaración o tratado científico del tiempo. Pero es in

dudable a la vista de varios hechos significativos: en la numerosísima serie de actas de discusiones de Cortes que se han examinado para la elaboración de este trabajo, se ha constatado la existencia de un pensamiento predeterminado en cada cuestión discutida. No se puede decir que existiera, ni de lejos, lo que hoy se llama disciplina de voto, ni siquiera fáctica, lo que sí se puede decir es que las posiciones eran mantenidas de principio a fin por cada diputado. No se ha constatado ni un solo caso de convencimiento racional. Las admisiones de enmiendas, que efectivamente se producen, lo son no por razones de convencimiento, sino de oportunidad política, o de mejoramiento en la redacción. (39)

La discusión política no es un verdadero debate, y por desgracia, desde un principio, las Cámaras y sus componentes están más atentos a la recogida de sus palabras por la Prensa que al efecto específico de las mismas en el auditorio presente.

Esto significa que, en todo caso, el tono en el que se mueven fundamentalmente los Diputados es que sobre la condición de legisladores prima la condición de políticos. Habrá una tendencia a considerar a la ley como un instrumento, de gran valor, pero sometido a las exigencias de la política. Igual que en el caso anterior, no se ha constatado ninguna acusación de importancia p.e. por la viciosa utilización de los instrumentos legales, no sólo por parte de las Cortes, sino ni siquiera contra las actuaciones normativas gubernamentales, dirigidas a modificar las creaciones de las Cortes. (40)

- c) Otro punto doctrinal de señalada incidencia es la concepción de las Cortes moderadas, como reflejo, no de la voluntad po-

pular, sino del llamado, y nunca definido, "interés nacional".

Esta especie de transferencia política convierte en tarea aún más complicada la teoría de la representación, que necesita de unas justificaciones metafísicas y antropológicas, mucho más enrevesadas que las que se tildan de tales por los moderados y que tratarían de fundamentar la teoría de la voluntad general o de la confianza.

Se trata auténticamente de una ideología -una más- para defender de una sola vez varias cosas: la bicameral aristocrática, el sufragio censitario, el nombramiento real de determinados representantes -cuando se da, y se hace curiosamente con los mismos argumentos que para otros usos destinan los -que contradicen tal inelegibilidad-, etc...Pero lo que más llama la atención de esta idea es que se admite axiomáticamente, sin tratar jamás de probarla en concreto.

La sustitución de la voluntad por el interés apoya el movimiento de la actuación de los legisladores en el terreno político, frente a las exigencias que impondría una jerarquía normativa. El interés es aún -en épocas de nula formalización de las categorías más psicológicas- menos preciso en sus connotaciones que la manifestación de la voluntad. (41) Precisamente las críticas que se hacen a la teoría roussoniana son las de atribuir tan específica facultad a un entramado como el social, cuya inorganicidad todavía se mantiene, frente a doctrinas "extrañas" que así empiezan a defenderlo. (Doctrinarios franceses)

Lo que sí podemos señalar es que esta característica que -

completa la anteriormente reseñada no es propia de los cuerpos tradicionales españoles, en las que era claro, no sólo el planteamiento del debate y la discusión con una intención de convencimiento, sino que su relativo secreto imponía una concreción y ascetismo oratorio indudable. (42)

Junto a ello, la firme convicción de representar opciones voluntarias, que habrían de ser asumidas por la comunidad, sin tratar de hacer metafísica sobre "formaciones de tal - voluntad", o, lo que es más complicado, la sustitución del concepto voluntad por interés.

Por último diremos que al tomarse este concepto como el central de la representación, la elección se convierte no en un medio de elegir a quien más se acomode con los deseos generales de los electores, sino en un juicio crítico, en el que se tratará de "tomar todas las precauciones que dictase la prudencia, a fin de no aventurar su propia suerte", asegurándose que, quienes elijan hayan acreditado antes que sabrán - atender a estas cuestiones: de ahí, el sufragio indirecto o el censitario. La elección se convierte en un puro medio de construcción de un órgano de gobierno, que adquiere así una cierta hipostática autonomía. (Cfr. capítulo tercero)

- d) Este elemento influye decisivamente en lo que estimamos ser otra característica de este periodo sobre la consideración que de sí misma tienen las Cortes: y es que incluso la Constitución, en este período, deja de tener la significación - de fin en sí que había adquirido en Cádiz, o que tendrá después.

La Constitución se homogeniza en este punto con la legislación ordinaria. Es el primer elemento de acercamiento, a la baja, de ambos conceptos. La Constitución no es un fin en sí, sino un instrumento legitimador de la organización política, que una vez puesta en pie, absorbe por un extraño fenómeno político la fundamentalidad de aquélla. Pero la absorción no se produce sólo por las Cámaras, sino también por el Gobierno, que se adjetiva, con más frecuencia aún - que dichas cámaras, de constitucional. La legitimación constitucional se trasvasa así del texto al Poder legislativo y al ejecutivo. El judicial jamás se califica con este epíteto de constitucional.

La Constitución como fin en sí debe ser el corolario de una "soberanía nacional", que exigiría una serie de deducciones, que como afirma SANCHEZ AGESTA, constituirían determinaciones poco cómodas incluso para los progresistas, (43) que defienden aquélla. Aparte de ello, los pensamientos y arquetipos doctrinarios han encarnado en el subconsciente de la mayor parte de los integrantes de aquel sector. La inconsecuencia del dogma de la soberanía produce que ésta no vaya más allá de una pura declaración sin contenido. La regulación concreta de los equilibrios de poderes reflejan, incluso en las - Constituciones de 1.837 y 1.856, el supuesto doctrinal que cristalizó en la fórmula doctrinaria tardía de la "Constitución interna".

La que interesa en este momento de las múltiples facetas de esta doctrina es el aspecto, de que, siendo fundamental tal constitución oculta y fáctica, su reflejo actual no sólo es el texto constitucional, sino las instituciones, exigidas -

también "interna" y connaturalmente, y que encarnan además aquel "espíritu político organizador". (44)

- e) La consecuencia de ello es que la función de las Cortes es interpretar auténticamente la Constitución, y no sólo expresa, sino también la "interiormente existente" en la Nación.

A este presupuesto doctrinal ideológico se une otro elemento: la primacía de la ley ordinaria, o mejor, del fenómeno normativo ordinario, entendido por contraposición al extraordinario o constitucional.

Como ya ha habido ocasión de subrayar una y otra vez en este trabajo, el esfuerzo más característico en este punto, puesto de manifiesto por los moderados, infiltrados en las épocas pseudo-progresistas -en lo que a estas materias se refiere- o detentadores del poder legislativo, ya iniciado en 1.837, ha sido:

- Por un lado, privar a la Constitución de todo contenido mínimamente aplicable de modo directo, y construir todo un sistema de remisiones a la legalidad ordinaria, y, - dentro de ésta, a la reglamentaria perfectamente coherente.
- Convertir a la ley en la norma significativa en el mundo jurídico, y como en ningún otro aspecto de él, en el mundo de la actuación procesal, que es el mundo de la verificación real de la eficacia del Derecho.

Podemos decir que esa misión de interpretación auténtica de

la Constitución que tienen asignadas las Cámaras se despliega en toda su eficacia por medio de la norma legislativa. Las formulaciones de MARTINEZ DE LA ROSA en este sentido - son numerosísimas, y de algunas de ellas ya se ha hecho mención. Consignemos alguna otra: "Toda la ciencia del legislador consiste en templar el rigor de los principios, acomodándolos a los países, a las circunstancias, a la utilidad pública, supremo regulador del legislador". Y otro que conecta con lo señalado más arriba, sobre la representación del interés: "Los intereses reales de la sociedad son el centro común a que deben encaminarse todas las combinaciones políticas; y si llegan afortunadamente a concurrir en este punto, se ha conseguido el fin de los legisladores: sus leyes - afianzarán la certeza de su duración, no en el apoyo moral de los juramentos, ni en los esfuerzos de la virtud, ni en el arrebató del entusiasmo; sino en el principio natural, - sencillo, permanente de la utilidad propia". (45)

La ley asciende en importancia política, por su flexibilidad, y es dotada de un rango no sólo equiparable al de la Constitución, sino, incluso superior a ella en su alegación como doctrina jurídica en los procesos. El círculo estará entonces - definitivamente cerrado.

- f) El análisis jurídico y conceptual que pueda realizarse sobre estos elementos se llevará a su más ceñida expresión en PACHECO, concluyendo con una afirmación irrefutable desde el plano del análisis fáctico del poder y de su mediación jurídica: "...corresponde el poder constituyente a la persona o a la institución en donde reside el poder constituido...La

soberanía, para los que profesan esta opinión, es un acto de gobierno y no otra cosa". (46)

En las Cortes, no hay distinción cualitativa esencial, sino accidental entre la encarnación del poder constituyente y poder constituido. Esta afirmación es el supuesto explícitamente justificado en exposiciones de motivos e intervenciones parlamentarias formuladas con ocasión de las sucesivas modificaciones constitucionales instadas por los moderados: (1.837, 1.845 y 1.876)

Por ello, veremos que uno de los caracteres que constituyen supuesto de la consideración de la posible inconstitucionalidad de determinadas medidas legislativas será la previsión constitucional de la modificación de la Constitución, ejemplarmente presente en las Constituciones de 1.812, 1.856, 1.869 y 1.873, y ausente en las demás, precisamente las de carácter moderado claro o subrepticio. (47)

La alabada flexibilidad que pretende dar CANOVAS a la Constitución de 1.876 no es sino la consagración de que el cheque en blanco constitucional habrá de llenarse con las cifras y las circunstancias de una legislación que pueda abarcar un amplio espectro ideológico. Eso, que es en parte verdadero y en parte falso, constituye un argumento más de este indefinido lineamiento entre los dos poderes señalados, con lo que se cuenta para bien -admisión de un pluralismo controlado- y para mal -la mixtificación del proyecto constitucional, que se construye conscientemente híbrido, con la correspondiente pérdida de categoría y fundamentalidad-, como consecuencia política.

- g) Así se derivará el auténtico proyecto político de los moderados: la aparición de un ejecutivo fuerte, no sólo por los instrumentos con que se le dota, sino por la consideración de que se le reviste.

Hay una primera cuestión a subrayar: El poder ejecutivo reside en el Rey. Con ello se produce una primera indelimitación práctica de las facultades del Poder ejecutivo, puesto que estas funciones se confunden, por "muchos tratadistas" -como acusa ALCUBILLA- con otras que corresponden al Jefe -del Estado, pero no como jefe del Poder Ejecutivo. De esta confusión surge un primer problema y es que el Gobierno, que es quien practica realmente esta facultad, se servirá de esta indefinición para ampliar el ámbito de su competencia. Es el fenómeno de la falta de respeto al principio de reserva de ley. (48)

Junto a ello, la decidida intención de reforzar la autoridad del Gobierno, expresamente manifiesta en el preámbulo de 1.844, y por multitud de planteamientos y programas políticos. La fuerza del Gobierno va a mantener un pulso con las Cortes, -con las que se van a intercambiar los efectos de los instrumentos legales de la moción de censura indirecta y la disolución de las Cámaras. Pero la balanza se inclina sin duda alguna a favor del Gobierno, que a la mayor fuerza de sus recursos constitucionales, une una concepción por la que de alguna manera agota la función legitimadora de las Cortes en su origen.

Las Cortes se pueden vaciar en el Gobierno y, en efecto, así

ocurre en 1.848 con la ley de poderes extraordinarios de - 13 de Marzo, que se aprueba sin necesidad de variar un ápice de la legislación, ni de los supuestos ideológicos en que se apoya el sistema político. En la discusión de ese texto, se pone de manifiesto por CORTINA el problema que subyace: "... si las Cortes pueden o no abdicar de esa facultad que les concede el artículo constitucional, y trasmitirla al Gobierno". La contestación de BRAVO MURILLO resume en gran parte todo lo dicho: poder de las Cortes, situación recíproca - de ley-Constitución, amplitud de las posibles legitimaciones del Gobierno procedentes del Parlamento: "Las Cortes con el Rey tienen la facultad de hacer las leyes; la autorización de que se trata debe ser objeto de una ley, y todo lo que - sea objeto de una ley se puede autorizar en las Cortes". - MARTINEZ DE LA ROSA: "Si las Cortes pueden otorgar al Go- bierno la suspensión de garantías, lo mismo puede conceder la autorización para el acto, que para cuando las circunstan- cias lo exijan, pues quien puede lo más, puede lo menos (!!! Sic)". (49)

¿Qué consecuencias pueden extraerse de todo este cúmulo de presupuestos sobre la cuestión de la falibilidad de las Cor- tes, y del juicio que pueda merecer esta falibilidad en los propios participantes del período?. No hay tales supuestos - de errabilidad... No hay ocasión para ello, puesto que las Cortes asumen la verdad histórico-política en cada momento y a la justificación de este extremo acuden, desde supuestos bien diversos, autores como DONOSO, PACHECO, ALCALA GALIANO, MARTINEZ DE LA ROSA, CANOVAS. El impulso del método realista en el diagnóstico de los males políticos españoles, y la preo- cupación de encontrar datos "fácticos" que faciliten la re-

solución de tales conflictos contienen un inequívoco prejuicio ideológico.

Se trata de justificar los datos políticos que suponen las decisiones de los detentadores del poder con razonamientos más o menos sofisticados. En base a ellos, no se puede ni siquiera plantear el problema de la errabilidad y de las soluciones que, dentro de los supuestos doctrinales de este período, podría resultar congruente adoptar.

La razón, pues, de la imposibilidad de encontrar rastros de una posible fundamentación de la revisión constitucional de los actos legislativos se encuentra aquí. Lo vamos a ver en comparación con los rasgos políticos que inciden en las "otras" constituciones, que en este punto son más "tradicionalmente" - españolas que las moderadas. La discusión en este punto, a pesar de la relativización que da DIEZ DEL CORRAL al calificativo de "extranjerizante" que aplican los progresistas sinceros ó los demócratas al doctrinalismo, inclina la fuerza - de los argumentos a favor de este calificativo.

La otra razón, la de la división de poderes que es la que se ha manejado a veces, como causa de la dificultad de introducción en nuestro país del recurso de inconstitucionalidad, no es aceptable después de tratar estos textos. Si hay algún punto en el que más claramente se muestra la impureza de los planteamientos liberales en las Constituciones doctrinarias, es el de la posible atribución a las Cámaras de facultades jurisdiccionales. Es una tónica generalizada de la institución del Senado, como ha puesto acertadamente de relieve BERTELSSEN, la

atribución de facultades de este tipo. Y ello a pesar de las contradicciones que algunos diputados críticos han denunciado en los artículos de las Constituciones que reflejan tales facultades. Así en la Constitución de 1.845 dos ilustres juristas PACHECO y SEIJAS plantean objeciones a la conveniencia de esta jurisdicción, una vez que los peligros de la existencia de los Jurados o de la dependencia del poder judicial -ya proscritas- se habían conjurado.(51) La defensa, que supone también la gran extensión de esta facultad en sus supuestos casuísticos, se lleva a cabo señalando que "siempre que ha existido una Corporación de esta índole" se le ha concedido esta facultad. Esta constatación fáctica sin más matizaciones hace repetir con algún recorte en las siguientes constituciones moderadas.

Existía, sin embargo, una justificación suprema, y era la falta efectiva de la distinción de poderes, formulada en la cumbre del poder, pero transmitida por los mecanismos -que hemos estudiado a los demás participantes sectoriales de ese poder.

4.- Las Constituciones progresistas

La consideración de los supuestos paralelos sobre la autovaloración de las Cortes en las Constituciones democráticas, nos van a permitir esbozar las razones por las que resulta ideológicamente congruente la construcción de un sistema de revisiones -de la actuación del poder, teniendo como base los principios declarados en las Constituciones, y por ello justificable la existencia de una posible organización, procesal y orgánica, de un cierto sistema de revisión de la legislación, a la luz de la Constitución.

La limitación de estas afirmaciones se ajusta, más que a los deseos interpretativos, a los elementos de hecho analizados. No se trata de descubrir en el XIX español, un sistema de Jurisdicción constitucional completo, sino de exponer la existencia de las bases que hubieran podido dar lugar a ello, de haberse - continuado armónicamente el desarrollo de la tradición constitucional que comienza en el 12, se esboza en algunos puntos en el 56, se amplía en 1.869, cristaliza en parciales intentos en 1.873.

a) Las Cortes son la representación de la soberanía nacional, sin compartir sus funciones. Los Constituyentes, que además de formular el Art. 32 sobre la inequívoca residencia de la soberanía nacional, completada después con el 34 sobre la potestad de hacer leyes, manifiestan en la Exposición de motivos su firme - convicción de que es ésta la culminación de intentos aguados por multitud de razones en ocasiones anteriores, 1.812, 1.837 y 1.856, para que "la Nación dueña de sí misma, desembarazada de trabas - inútiles y solicitada vivamente en su energía y en sus fuerzas - más vitales, empleará los grandes medios que nacen de este sistema constitucional". El verbalismo choca con la concepción utilitaria que despreció los conceptos, como el de soberanía. Desprecio producido más bien por desconocimiento de sus exigencias y consecuencias. Solo será en 1.869 cuando culmine de modo global la doctrina de la soberanía.

Esta declaración supone que las Cortes alcanzan en este momento la supremacía en el protagonismo del sistema político. Ya no hay dialéctica Monarquía-Cortes, porque se ha convertido a - la primera en "una forma de Gobierno". No sólo se la ha despojado de toda vinculación con la Soberanía nacional, sino que se la convierte en un poder constituido, con funciones moderadoras, -

más amplias de las que los mismos demócratas republicanos podían aceptar. (52)

Recordemos a este respecto las amargas invectivas de un FIGUERAS o un CASTELAR contra ese "falseamiento de la Revolución", que no sólo es el mantenimiento de la institución, sino de las - facultades -residuales dirán los partidos comprometidos en la redacción del proyecto- como son las de suspender las Cortes, las de nombramiento de los jueces la sanción y promulgación de las - leyes o el ejercicio del derecho de indulto.

Pero lo significativo es la supresión de la tradicional potestad legislativa del Rey con las Cortes, en la que aún no se da el definitivo paso de la supresión de la iniciativa legislativa real.

Junto a ello, se encuentra la aparición del fenómeno político del sufragio universal, que con los derechos fundamentales no políticos suscitan las mayores contradicciones. (53)

b) La ley adquiere un inequívoco carácter de desarrollo de la Constitución, o al menos sumisión a ella, y, por otra parte, su formulación constituye la finalidad específica de las Cortes.

Se inicia este claro movimiento doctrinal en 1.856 con lo comentado enmienda a las Bases de VALERA (Cfr. capítulo segundo)

Así lo afirma claramente MORET en la defensa que hace de la Constitución, en la misma fecha de 8 de Abril: "Yo entiendo, por ejemplo, que la Constitución es aquella ley permanente de la cual se derivan todas las demás leyes administrativas que son leyes -

transitorias, y cuando se ve que ya no sirven para la nueva marcha de la sociedad a que aquella Constitución se aplica, hay necesidad de hacer otra."

Frente a esta posición se plantea, en la misma sesión, la de CANOVAS DEL CASTILLO. En ella, intenta defender de la acusación, que califica de ligera, por parte de quienes consideran - que la fórmula "con arreglo a las leyes" encubre precisamente - el propósito contrario a lo expuesto por MORET.

La polémica se estableció en este punto en torno a los derechos fundamentales y su condición de ilegislables, a la que ya hemos hecho amplia referencia. En todo caso, la razón alegada por los que deseaban mantener las prevenciones sobre las libertades en el texto se centran en la necesidad de asegurar el exácto cumplimiento de la Constitución por las Cortes. Hay un punto de idealismo gaditano en este momento, que recuerda aquel nuestro primer texto constitucional, como en tantas otras materias.

Ahora, quizá y por influencia de los sectores más radicales se establecen otros instrumentos de garantía de mayor incidencia y eficacia.

Precisamente el elemento más radical, el constituido por la ideología de PI Y MARGALL, saca las últimas consecuencias de esta finalidad esencial de las Cortes, que más que Cámaras de discusiones deben ser lugar de establecimiento de pactos, que se - reflejarían en la ley. (54)

c) Las Cortes reflejan, en la ideología revolucionaria, la - voluntad nacional, no los intereses particulares. En ese sentido aparece por primera vez en la historia constitucional española este precepto: "Los senadores y diputados representarán a toda la Nación, y no exclusivamente a los electores que los nombraren" (Art. 40, Const. 1.869) que se complementa con el inmediatamente siguiente sobre la prohibición de la admisión del mandato imperativo.

Por si esto fuera poco, se establece además cuál es el ámbito de la representación por intereses particulares: "La gestión de los intereses peculiares de los pueblos y de las provincias corresponde respectivamente a los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales, con arreglo a las leyes". (Art. 37)

Toda sombra de estamentalismo ha quedado borrada, no por - demasiado tiempo, pero con presencia histórica testimonial para los tiempos venideros. Con ello se producen además otros efectos. El principal es que la hipóstasis fáctica defendida por los moderados, que hacía coincidir interés con verdad política, ha sido desterrada. Ahora los parlamentarios representan a una voluntad nacional. Naturalmente, la posible interpretación de esta voluntad puede suscitar, y de hecho así lo ha producido en la literatura política sobre este período, la discusión sobre el planteamiento posiblemente roussoniano de la expresión. Decantándonos por esta posibilidad, se argüiría en favor de una interpretación matizadamente subjetivista. Ello comportaría participar de la - visión, al menos sostenida en aquel tiempo, de que la constitución de la sociedad significa una cierta dejación de determinadas libertades.

La posición no es esa. En un importante pasaje de uno de los discursos de BECERRA, con ocasión de la discusión de la Constitución, se manifiesta un espíritu contrario. (55) El texto recoge en el planteamiento de la dicotomía autoridad-libertad, un elemento objetivo que sin duda hay que extenderlo a la comprensión de esta "voluntad" representada por las Cortes. La voluntad supone, para ser correctamente reflejada, una serie de determinaciones objetivas y requisitos que hay que llenar. Para los constituyentes son los derechos fundamentales, y este es el primer elemento objetivo que debe respetar el representante para ejercitar adecuadamente la representación.

d) Precisamente por ello no resulta ideológicamente incongruente que los constituyentes se sientan de alguna manera limitados en su trabajo legislativo. Se está muy lejos de aquel espíritu falsamente inglés de la concepción de la omnipotencia del Parlamento, y que se reflejó en la comentada ley de poderes excepcionales de NARVAEZ, en una justificación, por lo demás excesivamente formal. (56)

Las Cortes no pueden hacerlo todo, aunque revista forma de ley, que era la conclusión de la filosofía moderada. Así señala FIGUERAS: "...porque no es poder el que no tiene derecho a decir: "esta ley es contraria a la Constitución; esta ley es contraria a los derechos individuales: yo no cumplo, yo no obedezco esta ley". (57)

La maduración de la coincidencia política había llegado a este punto. La exigencia de una efectiva limitación de las Cortes por la propia Constitución. Y una limitación planteable ante los Tribunales, y por los Jueces: "Toda vez que el poder judicial no

puede desobedecer, según vosotros, las leyes que sean atentatorias contra la Constitución y a los derechos ...¿dónde está la garantía de los ciudadanos?". Y el mismo Diputado se refiere a una enmienda ya presentada en el año 54 sobre esta materia.

La inspiración americana está bien patente, como ha puesto de relieve OLTRA, y a ella se refiere asimismo CASTELAR: "Porque, señores, en la Constitución americana ...se dice "nadie puede legislar sobre la conciencia, sobre la religión, sobre los derechos de asociación y de reunión" y luego dice: "todos, absolutamente todos los ciudadanos de los Estados Unidos tendrán derecho a defender como les plazca todas estas garantías, todas estas instituciones, por la fuerza de las armas". (58)

De todas maneras, aunque esta idea había llegado a formar parte de la mentalidad política, aún parece muy arriesgado a los redactores introducir este sistema, presente y actuante en aquel país y consagrado jurisprudencialmente desde el asunto MADISON-MARBURY. La contestación de MORET pretende demostrar que manteniéndose en esta propia filosofía, la Constitución española va más allá de estos ejemplos. Y sitúa como ejemplo a comparar no el americano, sino, con una habilidad parlamentaria de una gran altura, el precedente francés de 1.791, que se refiere a la prohibición para el poder legislativo de hacer ley alguna que atente al ejercicio de los derechos naturales y civiles garantizados por la Constitución, pero que también permite establecer por ley penas contra los actos, que atacando la seguridad pública o los derechos de otros, sean perjudiciales a la sociedad. Y argumenta "¿Qué habiéráis dicho si nosotros hubiésemos escrito eso en nuestra Constitución? ¿Si nosotros, en nombre de la seguridad pública, hubiéramos dicho que se puede coartar el uso de estos dere-

chos, cuando son en perjuicio de otro, y cuando en nombre de la seguridad pública, palabra siempre invocada, permitiésemos destruir la seguridad individual y la inviolabilidad del domicilio?. Ahí teneis una fórmula vuestra".

Poco después, la expresión de la filosofía política de la Constitución a este respecto se manifiesta con claridad: "Antes se hablaba de la omnipotencia parlamentaria, hoy sólo se trata de la omnipotencia popular, de los derechos de reunión, de asociación y de imprenta...¿Responde a esta tendencia nuestro proyecto?. Si, ciertamente". (59)

La fundamentación doctrinal es clara, pero la cristalización legal no se atreve a llegar a lo exigido por la minoría radical y que ya se ha expuesto en palabras de sus líderes. Sin que se refiera explícitamente al punto de la posible declaración de inconstitucionalidad de una ley por los Jueces. Pero hay una razón de trasfondo presente en toda su intervención: La Constitución es una obra de transacción y no se puede ir más allá de lo que el pueblo exige, y por el pueblo se entiende no sólo la clase progresista, sino también la conservadora, y sin ellas no se ría posible la aprobación.

e) De todas maneras y congruentemente con lo expuesto, las Cortes se constituyen en vigilantes del cumplimiento de la Constitución.

Existen en este terrerño varias tradiciones del constitucionalismo más progresivo español: el de las Diputaciones permanentes de las Cortes como salvaguarda de los derechos fundamentales. (60)

FIGUERAS, en el párrafo transcrito anteriormente, se refería a la enmienda presentada entre otros por el diputado LASALA, para que este organismo fuera guardián de las libertades fundamentales de "Habeas Corpus" y manifestación.

Igualmente en 1.869, por BALAGUER se presenta nuevamente, y sin éxito esta propuesta.

La vigilancia del cumplimiento de la Constitución por las Cortes, no se adopta sin embargo de un modo específico, sino en el genérico propio de todo sistema político democrático. Pero, aún así, se manifiesta una especial atención a los puntos que -podían resultar críticos: como es la precisión de las suspensiones de garantías, y conectado con este problema en el que la tentación de inconstitucionalidad es mayor, la conciencia de las -Cortes, asumen el papel de defensores del texto fundamental.

La suspensión de garantías no se hace sino por medio de una ley, y si las Cortes están suspendidas, se reúnen a este fin. Ante la eventualidad de un uso abusivo por las Cortes de los medios legales que se puedan utilizar en esos momentos, la Constitución prevé taxativamente sus límites.

Pero, por otro lado, y con una profunda conciencia de los efectivos resortes de la defensa de la Constitución MORET señala "...que en el momento que hubiera un peligro, de lo cual no se defienden siempre los pueblos más adelantados... la única garantía (era) la de la opinión y la ley: la garantía de las elecciones en los comicios, y de la alerta de la prensa... si el sufragio universal es mentira, si la prensa calla, ... entonces no es necesarios que legislemos, porque para el pueblo que no ama

la libertad y no hace sacrificios para consolidarla y sostenerla, no se hace una Constitución liberal". (61)

f) En todo caso, hay un remedio indirecto para el mantenimiento de la posibilidad de falibilidad del sistema: representado - en la aclaración o explicitación del texto constitucional, para impedir que a su sombra puedan hacerse leyes que atenten contra el espíritu de la Constitución, y con ello se sientan ilegítimos para atentar, tras la modificación, contra su letra.

De todas maneras, de modo claro las Cortes, movidas por los razonamientos señalados anteriormente, se niegan a arbitrar medios de control constitucional de la legalidad, a pesar de estar convencidas de que tales infracciones se pueden cometer, y a pesar de contar con todo el aparato doctrinal para hacer su integración.

Lo único que se establece, y ello en relación con el control de constitucionalidad, son los medios del Art. 92 de la Constitución de 1.869, y el importantísimo Art. 77 del proyecto de 1.873 (62)

Con ello hemos llegado a la conclusión de que los dos elementos más importantes que fundamentan desde un punto de vista - político-legal la aparición del fenómeno de la jurisdicción constitucional se encuentran en los textos señalados: la conciencia de la posibilidad de infracción de la Constitución por el órgano legislativo, y la especial vigilancia que es necesario arbitrar dentro del sistema político para el resguardo de la norma fundamental.

Por otro lado, el fenómeno de la judicialidad se plantea también en este periodo como doctrinalmente necesario para la existencia de la democracia. La independencia del poder judicial es uno de los puntos que con mayor intensidad se quiere ver purificado por todos los partidos presentes en la discusión del proyecto, tanto de sus detractores, como de sus defensores. Y aunque el alcance de este poder no se extienda al legislativo, como posible objeto de enjuiciamiento, la Constitución recoge - por primera vez la facultad jurisdiccional del enjuiciamiento - normativo previo.

Creemos que estos elementos pueden sugerir a los estudiosos, y no se descarta como tema de futura investigación para el autor de esta tesis, una profundización en el examen de los elementos que configuran una visión del poder legislativo, en la tradición política española, como interesado en la defensa de la Constitución como criterio supremo de legalidad, y en base a ello, la - confirmación de que el control de constitucionalidad es algo que, aunque introducido en una época posterior, encuentra en la nuestra evidentes antecedentes que lo hacen congruente con nuestro - más tradicional sistema político.

B) La consideración de la Constitución como norma jurídica plena

El tema, ha sido abordado recientemente por un denso y agudo trabajo de GARCIA DE ENTERRIA, bien conocido por todos los - estudiosos del tema. Se defiende en este trabajo que "la tradición de nuestro Derecho constitucional...ofrece un modelo que... conduce a negar a la Constitución valor normativo específico, - fuera del ámbito de la organización y las relaciones de los poderes superiores; todo lo demás, y en concreto toda la parte -

material de la Constitución, contendría sólo principios "programáticos", indicaciones que sólo en cuanto el legislador recogiera llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los Tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos..." (63)

La razón esbozada por el autor para justificar históricamente este vaciamiento normativo de la Constitución, proviene precisamente de que la Ley fundamental y el concepto que de ella tienen los políticos se ha visto desprovista de "unos determinados supuestos y un determinado contenido", el reflejado en el - Art. 16 de la Declaración de derechos francesa de 1.789. Con - ello la Constitución se convierte simplemente "en una mera exigencia lógica de la unidad del ordenamiento", que "deja también de ser esta norma invocable ante los Tribunales". (Pág. 298)

Este vaciamiento de todo nuestro movimiento constitucional, "desde Cádiz, hasta 1.931", se considera total por el insigne - administrativista. La supremacía normativa de la Constitución es, según GARCIA DE ENTERRIA, de origen americano, solo recibida en Europa mediante el sistema austriaco-kelseniano de justicia constitucional. Esta construcción americana tiene tres elementos: la consideración del Poder legislativo sometido a la ley fundamental, como todos los demás poderes; la posible revisión judicial de los actos de cualquier poder, incluso el legislativo; y la consideración de la Constitución como "la ley más alta", dotada de propio sentido normativo. (págs. 300-306)

El examen de estos tres elementos, cuya enumeración ha dado ocasión a la revisión de este trabajo por su conexión específica

con el segundo de ellos, desde un punto de vista histórico constitucional, y del que ya hemos tratado en las páginas anteriores, por lo que se refiere al primero -sumisión de las Cortes - a la Constitución-, quizá nos puedan llevar a la conclusión de que este principio no es contrario a nuestra auténtica tradición constitucional, cuando ésta no se ha torcido, por la desviación extranjerizante del doctrinarismo.

Nos incumbe ahora examinar, en esta misma historia constitucional, si el texto fundamental no ha tenido jamás eficacia normativa directa. En este campo, como en todos los demás de nuestra historia del XIX, son dos las corrientes y dos los arquetipos perfectamente contradictorios.

1.- La Constitución de Cádiz

Se pueden afirmar con propiedad dos extremos sobre la Constitución de Cádiz: primero que contenía los supuestos y los requisitos propios de lo que entonces se reconocía como régimen constitucional, y segundo que además surge como norma de inmediata aplicación y eficacia. (64)

En este punto, como en otros a los que nos referimos inmediatamente, es necesario hacer una precisión previa: el lenguaje constitucional del 12 no es el lenguaje formalizado jurídicamente en 1.920. Esto es importante para que al examinar las instituciones que ahora nos proponemos, no caigamos en el error semántico de atribuir el mismo contenido a los conceptos emitidos en aquella época, con los que se llenan los mismos términos en la actualidad.

La intermediación normativa de la Constitución, y la posibilidad de recurso sobre las infracciones que contra ella se cometan, no se pueden apellidar de políticas y jurídicas, sino por el examen global de las disposiciones y uso que de ellas se hace. Nuestra pretensión es demostrar que la Constitución es norma y no sólo "norma política" para los constitucionalistas de Cádiz. Como luego lo será el que el proceso que se siga contra sus infracciones tiene auténtico carácter jurisdiccional, aunque en ruda delineación, y no simplemente instrumento político.

Resulta, a este respecto, necesario volver a remitirnos al Art. 372 de la Constitución de Cádiz: "Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución, que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella".

Tal prevención, cuyo enunciado procesal analizaremos nuevamente después, ¿significa que la Constitución estima de sí misma que es una norma perfecta? Pensamos que sí, por una serie de razones:

a) La excesiva extensión del texto de la Constitución tiene un propósito fundamental, que nos descubren precisamente los redactores de su modificación veinticuatro años después: "La Constitución de 1.812 se hizo en circunstancias tan extraordinarias que no era posible reducirla a tan estrechos límites (contener únicamente la división y forma de los poderes del Estado, y la consignación de los derechos políticos y de los que, sirviendo de garantía a los civiles, deben de ser respetados por aquéllos). Privada la Nación repentinamente de Gobierno que por tanto tiempo

aunque con tan poca fortuna, la había regido, y no siendo dable ni conveniente tampoco restablecer las formas y medios de ejecución que al efecto empleara... De aquí la necesidad de la ley de elecciones, con todos los pormenores que su ejecución exige; de aquí las leyes para la administración de justicia en lo civil y lo criminal, para el gobierno interior de los pueblos y el político de las provincias..., para el arreglo de la instrucción pública, y otras que, o no debían tener cabida en una Constitución, o cuando más deben consignarse en ella su existencia y las bases o principios generales de que deben partir". (65)

Hay en este texto dos lecturas: la justificación moderada - de la remisión a la ley y los reglamentos, que ya conocemos, y - el enjuiciamiento de la racionalidad del esfuerzo de los constitucionalistas de Cádiz. Pero lo que en todo caso, se superpone a ambas lecturas, es el propósito de aquellos legisladores de organizar inmediatamente el país, por medio de la Constitución. El problema estriba en que no es lícito minimizar el concepto de Constitución que se desprende del texto de Cádiz, en el aspecto de norma inmediatamente aplicable que ahora nos ocupa, por la justificación histórica de la necesidad de la reorganización jurídica de la Nación. (66)

Eso, efectivamente, lo consiguieron las prescripciones de Cádiz, que en multitud de casos sobrevivieron a su desaparición como texto político, en aspectos procesales conectados con los derechos fundamentales. Pero es que además, de todos esos aspectos que los redactores de 1.836 dicen que aborda la Constitución de modo no correcto, por no existir legislación orgánica correspondiente, tuvieron efectivo desarrollo en 1.812-14 o en el Trienio, y tal desarrollo ampliaba la regulación, contenida en germen

en la Constitución. Las leyes sobre procesos de administración de justicia, de instrucción, de gobiernos locales y particulares, etc... se formularon sin que constituyeran meras repeticiones de la Constitución.

Lo que efectivamente ocurría, y aún ocurre ahora, es lo - que sucedió más tarde con CANOVAS, los legisladores por su pureza constitucional saben que este texto no puede ser corto ni quiere organizar de modo eficaz el país, con arreglo a un criterio democrático del contenido. Tales contenidos deben estar - suficientemente explícitos en todas las materias que están conectadas con el proyecto de organización política y jurídica - que significa la Constitución. Y de entre los aspectos más necesarios a concretar, dicho sea de paso y confirmando las hipótesis de este trabajo, está precisamente todo lo relacionado con la defensa procesal de los derechos. (67)

Junto a este propósito, presente sin duda en la mente de los de Cádiz, se encuentra la necesidad de que la Constitución sea - una norma cuya infracción se prevea, se penalice y se castigue. Y esto, por encima o por debajo de equivocidades semánticas, es lo que hace que una norma sea plena.

b) Este propósito se plantea efectivamente en la ley de infracciones de la Constitución, que es la demostración más palpable de que esta ley es inmediatamente practicable por los ciudadanos y por el poder político. El examen de las conductas en ella tipificadas son precisamente los artículos constitucionales, a los que se dota de protección penal: esto es, con la atribución de una penalidad a los que la infrinjan. A veces incluso de modo excesivo, como en los casos en que se obliga a un acatamiento de -

la Constitución como cuerpo doctrinal y dogmático. (Artºs. 1 de los dos textos).

Sabemos cual es el origen de esta ley, por el examen de - los textos de las actas de las sesiones de las Cortes y por el trabajo ya citado de FAIREN sobre el tema. De allí deducimos - que el sentido de la ley en principio fué la tipificación de - conductas que se estimaban castigables pero que no habían sido aún definidas.

La ley de infracciones de la Constitución se amplía y con firma en 1.820, poco antes (dos años) de que se publique el pri mer Código Penal. En este texto se recogen todos los supuestos de aquella ley, con las mismas penas allí establecidas. Esta - asunción podría seguir contra la interpretación que venimos man teniendo y podría hacer buena la visión de los moderados de 1.837 (pues a ellos se debe aquel análisis enunciado, en especial a - MARTINEZ DE LA ROSA).

La realidad es que desde el principio se ha admitido que la limitación de las causas históricas aducidas no se pueden negar. Pero al mismo tiempo, y del mismo examen sistemático, que para - la actualidad hace ENTERRIA, podemos argüir en nuestro favor, - que la concepción de la Constitución como norma no excluye, sino que a veces exige su desarrollo normativo, pues obliga también al Poder legislativo. Pero además, y esto es innegable, hay nor mas directa e inmediatamente aplicables sin intermediación de - ley orgánica. Y así ocurre por ejemplo en determinados casos pro cesales ya aludidos. (68)

Si a todo ello añadimos que en la Comisión de casos de res-

ponsabilidad se aducen habitualmente preceptos de la Constitución como directamente violados y fundamento de la petición de declaración de responsabilidad y la posterior penalización, no podrá negarse que, sin la perfección de los instrumentos de la actual jurisdicción constitucional, la Constitución de 1.812 - fué norma perfecta, y ello constituye un antecedente histórico de no despreciable entidad.

2.- Las Constituciones moderadas

Ya se ha examinado la concepción existente en estos textos. La Constitución no tiene fuerza normativa directa, si no es a través de una ley. La Constitución debe ampliar lo más posible los límites de lo permitido en aquellas materias que sean susceptibles de regulación posterior. La Constitución no debe en ningún caso ofrecer a los ciudadanos la posibilidad de acogerse a ella para la fundamentación de una reclamación jurisdiccional por su violación.

Los dos puntos primeros son claros, y hacia ellos convergen todas las doctrinas expuestas hasta ahora por sus principales - ideólogos.

En cuanto al tercer punto, podemos decir que ninguna de las Constituciones moderadas prevé en su seno ninguno de los medios jurisdiccionales de protección directa, al modo p.e. del ya señalado instrumento de denuncia a las Cortes de infracción de la Constitución, o de las facultades del Tribunal Supremo federal para declarar ilegal un acto del legislativo por infracción de aquel texto.

El examen de la jurisprudencia de los periodos en que estuvieron en vigor las Constituciones de 1.837 y 1.845 no ilumina excesivamente sobre la posibilidad de alegación de la norma fundamental en los procesos cuya sustanciación hemos llegado a examinar. En efecto, el examen ha tenido que ceñirse a las resoluciones del Tribunal Supremo de Justicia o del Consejo de Estado, sustituido después por el Tribunal contencioso. La limitación de recursos interponibles hace que no podamos concluir sino que las normas de la Constitución, contrariamente a lo que sucede después, no son alegadas en ningún caso examinado.

Recordemos, sin embargo, en la línea de lo dicho, que los - únicos recursos interponibles eran los de nulidad contra la tramitación del juicio o los de competencias, por lo menos hasta - 1.855. Más tarde se admiten los de nulidad por contradicción con la ley material clara y terminante, pero para los asuntos civiles, penales de Hacienda o de Imprenta. La casación en lo penal, como sabemos, no se admite hasta 1.870.

De todas maneras en esta etapa anterior a 1.870, existen muchitud de sentencias que tratan temas relacionados con derechos - fundamentales expuestos en las Constituciones, y en ninguna de - ellas se cita jamás como precepto infringido el correspondiente de la Constitución. (69)

Sin embargo, a partir de 1.870, y durante la vigencia de la última de las Constituciones moderadas, se produce una efectiva alegación de las normas constitucionales. (70)

¿Qué características tiene esta alegación?. El Tribunal Supremo había venido admitiendo desde 1.870 hasta 1.875 la de las

normas fundamentales como infringidas para la fundamentación jurídica del recurso. Lo que ocurría es que, en las materias que eran objeto del recurso, existía generalmente una ley ordinaria reguladora, al menos de su sanción, de carácter penal. Ello hacía que se citasen a un tiempo el precepto constitucional y el penal, o el correspondiente a la ley de 1.821, sobre castigo de conspiradores, la del Orden Público, o el Código Penal. (71)

La generalización de la utilización de la casación penal, planteó estos problemas de una manera más acusada, y ante situaciones nuevas, no resueltas en periodos políticos anteriores: como era la citación, como infringida, de una norma constitucional, sin apoyo complementario legal específico. La orientación moderada de los Tribunales se puso inmediatamente de manifiesto, y hay varias sentencias en las que se rechaza el recurso al afirmarse que la exclusiva cita de un precepto constitucional no justifica su admisión. (72)

A partir de ese momento, se sigue manteniendo esta costumbre no repetida en la historia judicial española más reciente, y son innumerables las sentencias del Tribunal Supremo, en las que se admite la fundamentación jurídica encabezada por un artículo de la Constitución, y acompañada de otras normas. En esas sentencias, y en sus considerandos, se atiende a la argumentación jurídica alegada en torno a la norma constitucional como fuente interpretativa directa que se comenta. Hay una especialmente interesante a este respecto, en la que se admite con especial énfasis que "...el párrafo tercero del artículo 17 de la Constitución del Estado de 1.869, vigente cuando ocurrieron los hechos de la causa, y que se invoca como infringido, no podía ningún es

pañol ser privado del derecho a asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública: ... que no está probado que sea contra la moral pública, infringiéndose en la sentencia, bajo tal concepto, las disposiciones legales citadas vigentes en Abril de 1.873, y que es preciso aplicar por haber ocurrido entonces los hechos denunciados". (73)

Pero si aún quedaba alguna duda sobre la aplicabilidad directa de la Constitución y su utilización por los órganos jurisdiccionales, nos encontramos con la sentencia de 29 de Diciembre de 1.886, (74) que constituye uno de los ejemplos de derogación de ley ordinaria por virtud de la Constitución. Este fenómeno, al que ya se había hecho alusión, adquiere en este momento toda la carga jurídica y política que contiene.

A partir de esta ejemplar práctica constitucional podemos concluir dos cosas:

- 1º.- Los moderados, en su última época, por influjo del movimiento constitucionalista democrático concedieron valor normativo inmediato a la Constitución.
- 2º.- Se reservó admitir jurisdiccionalmente tal influjo en los casos favorables al Gobierno, y no en los contrarios a él.
- 3º.- La inconsistencia de esta contradicción se mantuvo gracias a un peculiar ejercicio de un instrumento "técnico" procesal: los motivos de fundamentación del recurso de casación. Otro ejemplo de sumisión del proceso a la política en el sentido precisamente opuesto al que defendemos.

3.- Las Constituciones democráticas

Todo cuanto se ha expuesto sobre la cita de preceptos constitucionales en las Sentencias del Tribunal Supremo se puede dar por reproducido aquí, con dos salvedades ya sugeridas más arriba: Hasta 1.875 no existe un abundante repertorio de jurisprudencia, y por lo tanto de casos diferentes, con distintos supuestos, que puedan inducir a qué extremo se hubiese llegado en este camino de la aceptación por el Supremo Tribunal de la normatividad constitucional. Lo que sí se puede decir es que esta innovación de incluir como fundamento de derecho a este tipo de normas surge - en este momento, lo cual es, a nuestro entender, muy significativo.

La normatividad directa de la Constitución por otro lado se manifiesta en estos textos en dos puntos fundamentales:

- a) El primero de ellos es el ya referido del Art. 92 de la Constitución de 1.869 (que según SANTAMARIA DE PAREDES se recoge indirectamente en el 81 de la de 1.876: "Los jueces serán - responsables personalmente de las infracciones de ley que cometan"). Esta norma, recogida posteriormente en la ley Orgánica del Poder judicial, ordena a los Tribunales no aplicar los "reglamentos generales, provinciales o locales" cuando no estén conformes con las leyes.

Este precepto es comentado por los tratadistas anteriores - (COLMEIRO) (74) y posteriores a su puesta en vigor (el ya - citado SANTAMARIA) (75) como ejemplos de inconstitucionalidad del Reglamento, no de ilegalidad. "Llámanse reglamentos inconstitucionales los que son contrarios a la Constitución:

bien por su fondo, si significan extralimitaciones de las facultades del Poder ejecutivo, bien por su forma, si no se diesen con sujeción a los requisitos que las leyes determinan".

Los instrumentos procesales de defensa mantenidos por estos tratadistas, son de dos clases, por vía de acción: acusar de usurpación de atribuciones al funcionario público que actúa invadiendo las funciones del Poder legislativo, que supondría una normatividad directa de la Constitución pero completada por precepto legal (el Art. 388 del Código de 1.870) y, por vía de excepción la virtualidad plena de la norma constitucional, ante los Tribunales, alegando el Art. 92 (Constitución de 1.869) o el citado 81 (de la de 1.876) "para que absuelvan del delito de desobediencia al ciudadano que es llevado ante ellos, considerando que no ha faltado a la ley quien obra de acuerdo con sus preceptos." (76)

- b) El segundo es la previsión del proyecto de 1.873 del auténtico recurso de inconstitucionalidad de la ley ante el Tribunal Supremo.

La aparición de esta jurisdicción constitucional en España se produce de un modo paralelo a dicha aparición en países europeos o americanos de carácter federal. La misma esencia de la "federación" exige, como han puesto de relieve TRUJILLO y LUCAS VERDU, con apoyo de autores extranjeros, un órgano - que asegure la supremacía constitucional. (77)

Como consecuencia de lo dicho podemos repasar los extremos - que señala ENTERRIA como justificativos de la eficacia directa de la Constitución, constatando que de todos ellos existe

antecedente en nuestra historia constitucional (78): Las normas constitucionales vinculan a todos los Tribunales y sujetos públicos y privados, de tal manera que en nuestra historia, en ciertas materias, diversas Constituciones han sido de aplicación directa, como norma de decisión de multitud de procesos, por haber derogados leyes que se oponían a su regulación (tanto en sentido progresivo -Cádiz-, como en sentido regresivo -1.876-), y ello especialmente en casos de aplicación directa (aceptada por los Tribunales) de la regulación constitucional de derechos fundamentales, que -incluso se ha previsto cuando resulten contradictorias con sus disposiciones fundamentales normas posteriores. Por otro lado, la Constitución, por la vía de su utilización abundante como norma directiva de la interpretación, ha cumplido la misión de inspiradora hermenéutica del ordenamiento jurídico, de modo cualitativamente distinguido puesto que actúa como -doctrina interpretativa violada.

C) La jurisdiccionalidad de los órganos que conocen las infracciones Constitucionales

Como consecuencia de un incidente de infracción del derecho fundamental de la inviolabilidad personal y de domicilio se suscitó en la Comisión de Justicia de las Cortes un asunto, el de Gregorio Antonio FITZGERALD, estudiado con agudeza por FAIREN.(79) Las Cortes se plantearon la necesidad de arbitrar una ley "compreensiva de las reglas que le han parecido más oportunas para de terminar y hacer efectiva la responsabilidad de los que quebrantan la Constitución política de la Monarquía".

Se trata, pues, como reconoce FAIREN, de que, considerando que determinadas normas constitucionales tiene fuerza directa, "y no estando determinadas por nuestras leyes, ni aún por la - misma Constitución (las penas que corresponden al delito de infracción de la misma), la comisión ha creído que debía empezar por este señalamiento". (80)

En efecto, el Decreto de 13 de Julio de 1.813, enuncia -según se ha referido más arriba- esta tipificación de delito constitucional y pena congruente. Pero no queda aquí la previsión - del Decreto. También plantea la normativa procesal.

"La puntual observancia de la Constitución, y la naturaleza de los delitos de infracción de la misma, requiere, sin duda que los infractores sean siempre juzgados por la jurisdicción ordinaria". Se trata a no dudarlo del primer ejemplo continental - de jurisdicción constitucional difusa, al estilo americano. Y la importancia que los legisladores dan a esta específica jurisdicción se previene en el Artículo 33 del Decreto: "Todos los jueces y tribunales procederán con la mayor actividad en las causas de infracción de la Constitución, prefiriéndolas a los demás negocios, y abreviando los términos cuanto sea posible". (81)

¿Cuál es la significación de este precepto?. Sin duda la - confirmación de que se trata de esta función jurisdiccional diferente de modo cualitativo a la que ordinariamente se atribuye a los jueces. No se trata pues de un proceso penal ordinario, en el que se juzgan delitos de los comprendidos habitualmente en - los primeros títulos de cualquier Código, sino de una actuación procesal específica, definida porque la conducta a enjuiciar no

ha infringido simplemente una ley penal, sino una disposición constitucional. (82)

La especificidad de este aparato procesal derivado de ser la norma infringida la Constitucional, se confirma en las leyes del Trienio que corresponden a esta materia, las de Abril de 1.821 sobre infractores de la Constitución y la procesal correspondiente, que, por un lado se mantienen en vigor, por lo menos en lo procesal, hasta 1.868, según reiterada jurisprudencia; y por otro, suponen la aplicación de una medida excepcional, que arguye definitivamente en favor de su especialidad. Esta es que la comisión de tales delitos produce el desafuero, cualquiera que éste sea, a favor de la jurisdicción ordinaria, a no ser las específicas - competencias de la autoridad militar, que como sabemos, y de modo poco legítimo, se producen por la intervención de la autoridad militar en la represión.

El establecimiento de esta jurisdicción constitucional difusa no es pura, como veremos, puesto que se ofrece a las Cortes el ejercicio de una facultad judicial específica.

Esta intervención se justifica una vez más, en la temprana desconfianza respecto del retrógrado poder judicial por parte del legislativo y del ejecutivo, que, volvemos a repetir, es la tónica general en todo el siglo respecto de los poderes progresivos.

Así afirma la Comisión de 1.813: "Ultimamente, la comisión ha creído que cuando se denuncie a las Cortes alguna infracción de la Constitución, conforme a lo que está prevenido en los Arts. 372 y 373, conviene mucho que las Cortes mismas, como conservadoras de las leyes fundamentales, sean las que declaren si hay

o no verdadera infracción en el hecho denunciado, quedando a los jueces y tribunales competentes la calificación de las pruebas contra la persona acusada, la graduación del delito, y la imposición de la pena que merezca según las leyes. En declarar las Cortes que tal hecho es contrario a la Constitución, no se puede decir que ejercen las funciones judiciales que les prohíbe el Art. 243 de la misma, porque no declaran que tal persona cometió aquel hecho, ni gradúan el crimen, ni le aplican pena determinada por la ley, que son las funciones propias de los jueces; y si hubiese alguna duda, bastaría para quitarla el Art. 372 por el cual se previene a las Cortes que tomen en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella. Este encargo de poner remedio conveniente en las infracciones de la Constitución autoriza a las Cortes, en tal caso, aun más que la simple declaración de haber sido infringida..." (83)

Como dice FAIREN, ibidem, "a pesar de esta hábil interpretación, la Comisión no puede evitar que ya su léxico indique cómo las Cortes, en tal caso, asumen facultades judiciales... en el contexto del Art. 31 se ve que la declaración de infracción formulada por las Cortes vincula al Tribunal, y lo mismo la de no infracción. (Art. 32)".

Las Cortes son conscientes de la autorización superior para el ejercicio de esta misión concedida por la Constitución, y la tramitación es claramente jurisdiccional: "instruya un expediente a fin de apurar la certeza del hecho; y resultando este en debida forma, con audiencia del acusado, declararán, oída la Comisión, que en haberse hecho tal cosa se ha infringido tal artículo

de la Constitución, o que no hay o no resulta infracción, si - así fuese".

Pero los datos más relevantes en favor de la consideración de jurisdicción de este conocimiento son:

- a) Hay posibilidad de ordenar la reposición de todo lo actuado contra la Constitución, dictando los remedios oportunos, y así el acusado quedará suspenso. Tales facultades son exclusivamente las atribuidas por la ley a la jurisdicción. (Art.31)
- b) Además, y como señala FAIREN, se pasa certificación al juez, el cual no puede revisar la calificación jurídica del hecho, y sólo "a fin de que sustanciada la causa conforme a derecho para acreditar más completamente quien es el reo, el grado - de sus delitos y los perjuicios que haya causado, se imponga al delincuente la pena que merezca por el hecho ya declarado".

"Cuando las Cortes declarasen que no hay infracción de la Constitución, quedará terminado el asunto; pero si declarase que - no resulta, el acusador podrá usar de su derecho ante el juez o tribunal competente, si proporcionare mejores pruebas". Naturalmente el "Tribunal" competente -y aquí el "lapsus" de - redacción es significativo, pueden ser perfectamente las Cortes. Esta posibilidad de reabrir el "expediente" o juicio, si se aportan mejores pruebas, no es un argumento en favor de la no jurisdiccionalidad del mismo, sino que precisamente entra dentro de los supuestos procesales, que más arriba se han examinado, y que se han conocido en nuestra historia jurídica con el nombre de absolución de la instancia. (84)

Esta doctrina que supone la atribución a los jueces y a las Cortes del examen de los casos de infracción de la Constitución, da en Cádiz, y luego en el Trienio, unos primeros pasos -como reconoce FAIREN- que si no vuelven a aparecer en España, es por un decidido y consciente propósito de los doctrinarios de abortar las propuestas concretas y elaboradas de diputados progresistas y demócratas.

Esta es la prueba que podemos alegar en defensa de esta tesis: en España, podría haber aparecido, con toda su perfección y complejidad un sistema de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes, si a la experiencia de Cádiz, se hubiera unido el propósito decidido de someter a control al legislativo, y en especial en la materia relativa a los derechos fundamentales.

Se pueden contemplar, a lo largo de todo el siglo, protestas y propuestas de diputados progresistas y demócratas que solicitan con toda claridad la inclusión constitucional de tales supuestos.

Así en 1.837 -incluso en momento tan temprano- el Diputado GARCIA BLANCO, en la discusión del Art. 9 (85), o en 1.855, se pone de manifiesto por LAFUENTE, que constituye casi un tópico - en las discusiones la referencia al poder judicial como remedio constitucional. (86) En 1.869, son ya muy abundantes las referencias a la necesidad de judicializar la responsabilidad del legislativo por inconstitucionalidad: en ese sentido se manifiesta - DIAZ QUINTERO, (87) FIGUERAS, (88) como más característicos. Las pretensiones de estos demócratas sólo culminarán en el proyecto de 1.873.

La atribución de la revisión de la constitucionalidad de las

leyes es encomendada en este último proyecto al Tribunal Supremo, formado por tres Magistrados nombrados por cada uno de los Estados. Como dice LUCAS VERDU, en contra de los supuestos mantenidos hasta ese momento en incluso después por otros ideólogos de sentido diverso a los federalistas (SALMERO, MARTOS, SILVELA, POSADA), "parece que la Magistratura reúne los requisitos de objetividad y preparación técnica necesarias para realizar - las misiones de asegurar la supremacía de la Constitución, interpretar el Derecho y decidir las controversias jurídicas que se produzcan entre la Federación y los Estados Federados". (89)

D) Las efectivas violaciones de los derechos fundamentales por el legislativo y sus efectos

A pesar de todos estos análisis anteriores, de las posibles vías ideológicas que podían haber constituido un supuesto de estabilidad de exigencia de responsabilidad del Poder legislativo, en casos de abuso de poder, a pesar de esos "primeros pasos" de Cádiz, que con un desarrollo normal hubieran podido llegar a establecer sistemas de enjuiciamiento al menos difuso y por excepción, frente al legislativo, como se llegó con el ejecutivo, a pesar de las innumerables denuncias de los diputados radicales en 1.854, 1.869 y 1.873, la doctrina sobre esta materia se resume nada más iniciado el siglo XIX, en plena reviviscencia del moderantismo político en una importante sentencia de 12 de Febrero de 1.909: "no cabe reclamar indemnización cuando el supuesto perjuicio lo ha producido directamente un acto legislativo", y que se reitera en 1.817 con estas palabras, que pueden constituir el resumen de este capítulo: "que jamás ha estimado esta Sala que la observancia y aplicación de las leyes que la representación -

nacional elabora, el Rey sanciona y el Poder ejecutivo promulga en el ejercicio de su respectiva función constitucional, pueda motivar resarcimientos, como la ley misma no los haya previsto y otorgado".

Se cierra así el círculo legislativo de un siglo de esperanzas y posibilidades jurídico-constitucionales continuamente abordadas.

III.- La violación de los derechos fundamentales por la Administración

El tratamiento de este tema exige una precisión previa: No es posible, conceptualmente hablando, otorgar independencia específica al mismo, sino que hay que integrarlo dentro del más amplio de la responsabilidad de la Administración.

Las razones históricas de ello serían fundamentalmente las siguientes:

a) El tema de la violación de los derechos fundamentales por la Administración no ha llegado a tener un tratamiento específico en el siglo XIX, y los casos de violación se subsumían dentro de los diferentes tipos de responsabilidad exigible a la Administración o a los funcionarios.

A pesar de la preocupación manifestada por políticos y administrativistas para que la Administración se mantuviera dentro de las coordenadas exigidas por la dignidad y libertad de la persona y de los ciudadanos, no se especifica la relación Administración-derechos fundamentales. Quizá para evitar el sensible -

alejamiento que pueda suponer el verbalismo de aquellas declaraciones con la escasez de los medios técnico-jurídicos desplegados en orden a su efectiva protección.

Esto no se produce por desviación de una línea coherente - en el tratamiento de los derechos fundamentales, que se quebrara al llegar al tema de la responsabilidad por su violación, sino porque el mismo tema de tales derechos aparece integrado dentro de la organización sistemática del estudio de la Administración por fines o funciones algunas de las cuales se enfrentan - con las libertades públicas y los derechos de la persona en sus diferentes manifestaciones. (90)

b) Este planteamiento, debemos decir inmediatamente, no es específico del siglo XIX, y tampoco hoy existe una línea universalmente admitida de la especificidad de la materia.

Desde el más moderno Derecho Administrativo, no se considera que los derechos fundamentales sean otra cosa que los derechos subjetivos públicos, entre los que se encuentran los que contienen las libertades, a las que sintomáticamente aluden GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ como "Situaciones de libertad individual articuladas técnicamente como derechos subjetivos". (91)

Por lo que se refiere a los supuestos de violación, y lo - que es conexo a ellos, la exigencia de responsabilidades, el tratamiento del Derecho Administrativo es genérico, porque las categorías de la responsabilidad no son diferentes de las genéricamente admitidas por esta Ciencia, y porque los instrumentos procesales específicamente administrativos no han logrado llevar, -

ni siquiera por vía de especialidades del sistema general, al plateamiento de la necesidad de medidas especiales ante la fundamentalidad del bien jurídico violado.

c) Pero es que, además, podemos ver que existe modernamente un movimiento de sumisión de la Administración a medidas procesales de exigencia de responsabilidades, que matizan el sentido conceptual de éstas, como civil, penal disciplinaria... Efectivamente, se puede pensar modernamente en el término de responsabilidad - constitucional de la Administración.

Este tipo de responsabilidad puede hacer en torno a los instrumentos procesales del recurso de amparo y especialmente del - recurso de queja constitucional, de la tradición austriaco-alemana. Esta específica responsabilidad, calificada de constitucional, porque es en este campo donde nace y del que recibe su eficacia - de la inmediatez normativa de la Constitución- se refiere típicamente a las violaciones de los derechos fundamentales.

De ella existe un cierto antecedente en la España de 1.812, que ya se ha examinado genéricamente, pero que habrá ocasión de subrayar en sus aspectos conexos con la Administración. (92)

Pues bien, esta responsabilidad es aún muy germinal y su - tratamiento doctrinal plantea a simple vista la necesidad de una mayor profundización en su incidencia sobre las categorías generales del Derecho Administrativo.

A la vista de ello, es necesario enfrentarse con este tema, recogiendo las conclusiones que nos aporta el examen de la le-

gislación material y procesal examinada en anteriores capítulos.

La normativa vigente en los diferentes momentos del siglo XIX nos puede permitir el análisis de la responsabilidad administrativa haciendo tres distinciones:

a) La primera vendría determinada por la distinción de la responsabilidad propia de la Administración como entidad objetiva y orgánica, y la propia o personal de los funcionarios que la integran.

Resulta muy curioso observar que en algunos tratados doctrinales de gran predicamento en el siglo XIX, SANTAMARIA DE PAREDES O COLMEIRO, (93) no lleguen a establecer esta distinción, que sí formulan otros como ALCUBILLA, o JORDANA (más tarde).(94) Los primeros, que han caracterizado al poder administrativo como esencialmente responsable, reconducen luego el tema de esta responsabilidad a la específica de los funcionarios, tratando exclusivamente la que se deriva de la existencia de culpa, negligencia o dolo en las conductas de tales funcionarios.

Sin embargo, también se plantea en el siglo XIX, aunque sólo a finales y por razón de la recepción de la doctrina francesa o alemana, la cuestión de la responsabilidad de la Administración, cuya existencia en el sistema español se niega.

Estimamos que esta afirmación no puede sentarse sin alguna matización. Efectivamente, aparte de los casos que generalmente suelen citarse y que para algunos (ALCUBILLA, JORDANA) son propiamente compensaciones o pago de cosas expropiadas, pero que en algún sector de la moderna doctrina se concibe como propias indem

nizaciones por daños causados de los que es responsable la Administración (GARRIDO), (95) existe el comienzo de un cierto - espíritu de la responsabilidad de algunos poderes del Estado - como tales poderes (y no por la incidencia de la viciosa conducta del funcionario) aunque no sea el administrativo, p.e. en el Código Penal de 1.822. (96) El valor de este antecedente será examinado después.

b) La segunda distinción se produce entre los diversos escalones jerárquicos. Existe a este respecto una fundamental: y es la que distingue a los ministros de los demás funcionarios (entre los - que quizá veremos que resulta cualificador que se trate de las autoridades supremas), llamados periféricos (Gobernadores, jefes políticos provinciales y Alcaldes).

Esta distinción se produjo efectivamente en la práctica, - aunque se trató de precaver la excesiva fundamentalidad de tal construcción, que en algunos casos, y por virtud de la recepción de la doctrina del poder municipal (en Joaquín María LOPEZ, por influencia de CONSTANT y MACAREL) parecía querer encubrir la defensa indirecta del Estado federal, que para la generalidad de - los tratadistas españoles no constituía un aceptable sistema político.

De todas maneras, sí existen en la práctica, como decimos, especialidades en la exigencia de las responsabilidades de los Ministros, de las que pueden exigirse a los demás funcionarios.

Esta especialidad se va a referir a la inexistencia de responsabilidad administrativa, que se convierte en política ante las Cortes, cuando se trata de miembros del Gobierno. Estos -

también gozan de determinados privilegios de orden procesal en el conocimiento y enjuiciamiento de sus conductas penales.

De alguna especialidad procesal, en este segundo tipo de responsabilidad, gozan los Gobernadores Civiles o Jefes Provinciales y los Alcaldes.

c) La tercera distinción se refiere a la cualificación de los distintos tipos de responsabilidad exigible a los miembros del poder ejecutivo.

Estos supuestos de responsabilidad pueden ser tipificados por el carácter o contenido del acto administrativo que se considera lesivo. A este tipo de clasificación se refiere la doctrina moderna, distinguiendo:

- Actividad reglamentaria de carácter general, en desarrollo de las disposiciones legislativas.
- Actos administrativos concretos de carácter preventivo o constitutivo.
- Sanciones Administrativas.
- Actividad discrecional.

Este tipo de clasificación resulta más congruente con el desarrollo moderno de la teoría de la responsabilidad administrativa, puesto que los diferentes grados de culpabilidad, que se manifiestan en cada una de esas específicas actividades, reciben un tratamiento gradual, desde el disciplinario al penal, pasando

por el civil o contencioso-administrativo.

Sin embargo, precisamente por razón de la rudimentaria legislación sobre responsabilidad en el XIX, no tenemos más remedio que examinar este tipo de clasificación material, tomando como criterio, los diferentes campos en que puede exigirse: el administrativo, disciplinario o político; el penal; el civil; y el inicio del que podemos llamar constitucional, luego reconducido al penal.

Los tratadistas, a que nos venimos refiriendo, hablan más reducidamente de la tipología de responsabilidad, no por el tipo de actividad, ni por la fuente jurídica que la fundamenta, si no por el órgano que puede exigir el conocimiento de tal responsabilidad: distinguiendo entre administrativa y judicial. (97)

Queremos poner de relieve que en torno al tema que nos ocupa, es éste de las competencias el que más importancia tuvo en el XIX. Tanto es así que existe toda una copiosa jurisprudencia. (98)

Nuevamente vuelve a aparecer en este punto la importancia de los datos procesales en la vida del derecho. Las cuestiones de competencia no eran, en efecto, más que cuestiones procesales, - que llevaban dentro todo un sistema de enjuiciamiento contradictorio: permisivo, lleno de privilegios, defensor a ultranza de la Administración, en un principio y más tarde; influido fundamentalmente por principios de salvaguardia de los derechos de los particulares. Frente a éste, la Administración toma toda una serie de precauciones para evitar el despliegue transparente de sus efectos. (99) El punto culminante será el establecimiento de la

licencia previa para enjuiciar, no sólo penalmente, sino también civilmente a los funcionarios, actualmente ejercientes, o que no siéndolo fueran llamados a juicio por anteriores actuaciones en el desempeño de su función pública.

A) La responsabilidad de los funcionarios

Sabemos que la más desarrollada es la penal, y por eso será examinada en primer lugar.

1.- La responsabilidad penal

De ésta, son dos los temas que más nos pueden interesar. En primer lugar la definición del concepto de funcionario. En segundo, un examen comparativo de la tipología penal específica de los funcionarios, con sus castigos, a lo largo del tiempo. Ello nos dará una idea del respectivo valor que a las violaciones de los derechos humanos se ha concedido por los diferentes legisladores, y que recoja y resuma específicamente lo ya visto en otros capítulos de esta tesis.

a) La definición penal del sujeto funcionario

La cualidad de funcionario ha sido penalmente relevante para los Códigos españoles, desde el de 1.822. Independientemente de que sea o no correcta la fundamentación en los Códigos de toda una serie de conductas delictivas agrupadas por el hecho de que su autor sea un funcionario público, a lo largo de sus preceptos, se refieren con atención especial a los casos en que el autor de un determinado delito o falta sea quien participa en la función pública.

El ámbito de la definición es progresivamente más amplio: En 1.822, se define quién puede entenderse que es funcionario, en estrecha relación con el delito de falsificación de los documentos extendidos por tales funcionarios en el desempeño de su cargo. (100) En 1.848 y 1.870, se refiere más genéricamente a todos los supuestos del Título que agrupa los delitos de los empleados públicos o funcionarios en el ejercicio de su cargo. (101) Como sabemos la generalización se va a ampliar aún más - hasta llegar a la actual definición de funcionario público en la parte general del Código Penal.

En todo caso, la referencia es la función, cargo o empleo público. Esta norma secundaria servirá, así pues, para integrar y concretar las tipificaciones subjetivas de determinados delitos. Tanto si el funcionario es sujeto pasivo del mismo, como si es autor o cómplice, etc....

Junto a ello, se encuentra otra mención genérica de la cualidad de funcionario como es la concurrencia de esta cualidad como agravante específico, a los efectos de la graduación de la pena.

Este tipo de agravante se introdujo en el Código de 1.848, (102) y constituyó una de las mejoras sistemáticas de este texto, conservada después en el de 1.870. (103) En el de 1.822 y en los diversos proyectos realizados entre el 22 y el 48, la especial - agravación de la pena, en el caso de la comisión de determinados delitos, cuando el autor era funcionario, se contemplaba de modo particular en cada uno de los delitos. El simple examen de las tipificaciones del texto de 1.822 resulta así reiterativa en su referencia al supuesto de comisión por funcionario. La doctrina

y la filosofía de la especial penalidad aplicable en estos casos es, como vemos, común a todo el siglo XIX. Sin embargo, el mayor rigor sistemático de los dos textos de la segunda mitad del siglo, permitió una mejor matización de la incidencia de la cualidad de funcionario no sólo en los casos de autoría, que es habitualmente planteado en el texto del 22, sino en los casos de complicidad, encubrimiento, tentativa o frustración.

b) La tipología de los delitos públicos no específicos

La simple lectura comparativa de los tres textos que hemos analizado, suscita un comentario inmediato: la enumeración cuidada de las conductas contrarias a los supuestos políticos, en el primero y tercero, y la mayor abundancia de lagunas legislativas en el segundo. Hay que llamar la atención sobre este extremo: no es que en 1.822 y 1.870 se protejan con mayor intensidad las instituciones y valores liberales o democráticos, propios de la ideología política que inspira ambos textos. Esto, que es obvio, no es lo que ahora más llama la atención. Sino precisamente que, aun cuando el texto de 1.848 refleje una ideología política claramente absolutista, los supuestos penales de protección de determinados bienes o valores esenciales a esa concepción son muy escasos. Parece que cuanto más absolutista es el régimen en España, menos matización penal requiere o despliega. (104) La realidad es que efectivamente, no se trata de una excesiva simplificación de los fundamentos de un régimen, sino que las tipificaciones delictivas son tan amplias y genéricas en todos aquellos aspectos que rocen las bases del sistema político, que ya por ello mismo se reduce insensiblemente la capacidad técnica de la especificación de las conductas.

Una segunda apreciación, que se deriva de la simple lectura comparada de los textos es la formal indentidad de los capítulos, títulos, secciones e incluso tipos penales manejados. Se dice formal, y ello es verdad porque los supuestos fácticos y - las consecuencias penales son muy diferentes. Con ello volvemos a subrayar la importancia de la estructura completa del sistema jurídico para calibrar la exácta medida del campo concedido a la libertad y al libre desarrollo de las capacidades personales.

Veamos cada uno de los delitos públicos no específicos de - los funcionarios.

Traición. Esta tipología no se conocía de modo explícito en el Código de 1.822, puesto que sus supuestos se subsumían entre los contenidos en el título correspondiente a la "Existencia política y exposición del Estado a los ataques de una Potencia extranjera", más acorde con los que en los textos del 48 y del 70 se llaman "Delitos contra la Paz e independencia de la nación".

En este apartado existe un precepto, sin antecedente anterior y que tampoco se ha conservado modernamente, en el Código - de 1.870 por el que se pena con la máxima al Ministro que realice actos contrarios a la integridad o independencia de la Nación o firme tratados con Potencias extranjeras, sin los requisitos constitucionales. (105)

Delitos contra la paz y la independencia. Bajo este epígrafe se contienen dos tipos de conductas delictivas específicas de los funcionarios: aquéllos que ejecutan ordenes extranjeras, sean papales o de potencias, sin los requisitos exigidos, o de modo que

atenten contra los bienes jurídicos que constituyen el fundamento del título, o aquéllos que siendo funcionarios, con abuso de sus funciones y de modo genérico comprometen la seguridad de la Nación. En ambos casos la penalidad es muy fuerte: de 6 a 14 años. (106) Muy por encima del tipo paralelo, aunque más concreto, pero no por ello menos grave que constituye el antecedente de esta tipología de 1.848 y 1.870.

Es el artículo 257 del Código de 1.822, en el que se penaba con la infamia y la deportación al funcionario que revelara planes o negociaciones al extranjero.

Delitos contra el derecho de gentes. Dos son los sistemas - de tipificación que han existido en el siglo XIX: el propio de 1.822, en el que se va pormenorizando el agravamiento de las penas en los casos de comisión de estos delitos por los funcionarios; (107) y el de los dos textos posteriores, que contemplan - la tipología sin especificación subjetiva con esta expresa referencia. En este segundo caso, entraría, como ya se ha indicado - más arriba, la agravante genérica de que se ha hecho mención. (Se trata del Art. 155)

Delitos contra las instituciones políticas fundamentales. En la agrupación de los delitos correspondientes a todo el conjunto de bienes protegibles que constituyen el entramado de la estructura política, aparecen también las diferencias de afrontamiento de las diferentes ideologías en lucha en aquel tiempo, y que suponen diferencias en tales agrupamientos.

La cercanía de los textos de 1.822 y 1.870, aún por encima de una mayor diferencia puramente formal, y que haría aparecer al segundo de los textos citados en mayor proximidad al de 1.848,

revela la cercanía de sus supuestos.

Así, la Constitución, como bien penalmente protegible, recibe mucha mayor amplitud en 1.822 y 1.870, y casi no se nombra en 1.848. Ya sabemos por algunos análisis realizados con anterioridad, que la posición de 1.822 en torno a este tema es de una gran severidad. Hay un abundante número de preceptos que castigan la pura desobediencia de juicio, en una exageración ampliamente criticada por BENTHAM. (108) Esta penalidad unida a la pura discrepancia doctrinal, aumenta de gravedad en el caso de los funcionarios o, curiosamente en el de los eclesiásticos, cuya efectiva fuerza socio-cultural se reconoce paladinamente en los textos legales. (109) Ya sabemos que incluso la comisión de este tipo de delitos, no sólo de los cometidos por la vía de los hechos, sino también por la de la palabra o la opinión significaban desafuero. Desafuero en el que incurrían también los militares que realizaran estas conductas.

Además, la penalidad era muy fuerte, reclusión de hasta ocho años, por ejemplo, por propagar doctrinas contrarias a la Constitución. (Art. 215 en relación con el 216)

Este ejemplo no se continúa posteriormente. No se sigue tipificando de manera tan represiva la mera propagación de máximas contra la Constitución. Pero en la realidad, tanto en 1.848, con una amplísima tipificación de los supuestos de rebelión, sedición, o desórdenes públicos, o la extrema severidad de la normativa sobre libertad de imprenta, como en 1.870, en el régimen penal de los abusos en el ejercicio de los derechos fundamentales, se persiguen penalmente aquellos supuestos. (110) La explícita referen-

cia a los funcionarios se mantiene también en alguno de estos casos en el Código de 1.848.

Las Cortes en todo caso aparecen como bien jurídico protegible en los tres textos. Sin embargo, sólo es en 1.870, cuando se hace referencia específica a las Cortes como tipo de un título agrupador de delitos. (Título II) El texto de 1.848, no se refiere a ello de modo específico, sino como supuesto tipificador también de la rebelión o sedición. En 1.822, el ataque a las Cortes, junto con el de las elecciones y la Constitución en el sentido ya expuesto, constituyen los ejemplos de delitos "Contra la libertad de la Nación". (111)

En este sentido son dos las conductas que se persiguen: - cualquier tipo de impedimento para la reunión de las mismas, ya sea general, ya a un diputado individual; (112) o bien, la usurpación de funciones legislativas de carácter general. Esta segunda conducta, englobada en 1.822, bajo esta rúbrica, recibe en textos posteriores su tratamiento en un título posterior, entre los que se refieren al ejercicio por los funcionarios de su misión, como "usurpación de funciones".

En 1.870 se tipifica también, y de modo claramente progresivo, la conducta del Ministro que resulte responsable de la no convocatoria de las Cortes por el Rey, cuando tal reunión es preceptiva. (Artº. 166)

La evolución de la penalidad es claramente significativa, desde la pena de muerte considerada en el texto de 1.822, a la de inhabilitación o relegación temporal que prescribe el Código de 1.870.

Las elecciones son tambien, en toda la tradición penal española del siglo XIX, un bien protegido. No sólo su celebración, sino que esta sea correcta y de acuerdo con la legalidad. Hay - sin embargo una diferencia significativa, cuya exacta interpretación no deja de presentar dificultades. El texto de 1.822, tipifica con precisión una serie de supuestos que se refieren a la - responsabilidad penal de los que tienen a su cargo, como autoridad, la celebración de los comicios. (Arts. 200 a 208) Junto a esta tipificación se encuentra la que se refiere a impedir de modo tumultuario o por la fuerza la celebración total o parcial de estas elecciones o impedir su normal desolvimiento. (Art. 242) Este segundo tipo de conducta es el que se mantiene con plenitud de vigor en su tipificación penal en los siguientes textos. (113)

Frente a ello, llama la atención, la inexistencia de preceptos específicos penales de carácter común, que desde la promulgación de la primera ley electoral, se encuentran tipificados en tales leyes y cuya primera enumeración completa se contiene en la de BRAVO de 1.864, de las que la última en el siglo XIX es la del sufragio universal de 1.890.

ba) Delitos contra la libertad individual de los ciudadanos

El tratamiento de estos tipos delictivos presenta una sistematización en los Códigos comparados, que confirma una de las - apreciaciones previas. Existe una cercanía en la redacción de los preceptos concretos de los Códigos de 1.848 y 1.870 mucho mayor que la existente entre éstos y el de 1.822. Sin embargo, el espíritu que preside el primero y el tercero es mucho más próximo. Esta proximidad se muestra en la importancia que se concede a este tipo de conducta delictiva, que en estos Códigos merece la de

dicación de un apartado especial, presidido por el título que hace explícita mención al hecho de tratarse de atentados contra la libertad de las personas o de sus derechos fundamentales. (114) El enfoque sistemático en el de 1.848 es ideológicamente conforme con la visión moderada y "cuasi-absolutista" que lo preside. Los preceptos relativos a esta cuestión se engloban dentro del genérico de los cometidos por los funcionarios, dentro de una subclase aún genérica; "abusos de los funcionarios".

Junto a ello, merece la pena destacar, en el texto democrático, el aumento ya fijado para adelante, de una serie de conductas atentatorias contra los derechos fundamentales, recién reconocidos en la Constitución de 1.869. (115)

La penalidad contemplada en los tres Códigos suscita los mismos comentarios, que los que despierta en RODRIGUEZ RAMOS. (116) el análisis de algunos de los tipos en la legislación contemporánea. Es la extraña levedad de la penalidad, claramente desproporcionada con la importancia de la conducta. Es más, como dice este autor, resulta desorbitado que, p.e., la detención ilegal sea más duramente castigada si el que la comete es un particular, que si el autor es un funcionario público. Existe una especie de prima o licencia para detener en favor de los funcionarios públicos que no se justifica en manera alguna. Si alguna diferencia debiera existir sería cabalmente de signo contrario. Esto es, la apreciación de que tales conductas delictivas son más graves, si son puestas en práctica por quien tiene la apariencia de legalidad, y la indudable eficacia del poder. El abuso del poder por parte de quien lo tiene a la mano, y además con el complemento moral de la apariencia primaria de legalidad, es mucho más grave que la de quien lo usurpa, por así decirlo a "cara descubierta". (117)

Otra innovación importante de la legislación de 1.870 es la consideración que merecen las conductas que atentan contra el de recho de propiedad, exacciones y expropiaciones ilegales, concebidas como atentados contra los derechos fundamentales. Ante esta circunstancia, que confirma lo dicho hasta ahora de que la - propiedad es en el siglo XIX un derecho fundamental, resulta de enorme interés señalar que las penas anexas a tales conductas son sensiblemente más altas que las que se aplican a los que lesionan derechos fundamentales, (118) con excepción, claro está, de las - prisiones o detenciones ilegales. La riqueza material para aquel tiempo es un bien mejor protegido que el de la libertad de conciencia o de expresión, y no digamos las "sospechosas libertades de reunión o asociación" que también están penalmente protegidas, pero que además resultan tipificadas en sus atentados de una for ma muy ambigua.

bb) Delitos específicos de los funcionarios

La comparación entre los correspondientes títulos del Código de 1.822 con los de 1.848 y 1.870 suscita a primera vista la constatación del enorme avance producido en la Ciencia Administrativa y en los supuestos jurídicos, que se emparejaron con este desarrollo. No sólo la sistematización de los diferentes tipos penales adquiere ya una gran madurez en la primera mitad del siglo, sino que su propia redacción distingue ya con apreciable pre cisión supuestos de simple responsabilidad administrativa con los auténticos tipos penales, que en 1.822 aparecen mezclados sin una precisa distinción. En este último caso, se encuentran muchas de las conductas penadas en 1.822 y que no son sino, p.e.: retrasos en el cumplimiento de una orden sea genérica o específica, sin - que suponga una dolosa desobediencia o denegación de auxilio.(119)

Por otro lado, y dentro de esta tosquedad sistemática, algunos de los tipos que la mayoría de las legislaciones considerarían incluidas en este título, como son la infidelidad en la custodia de documentos, de presos, las violaciones de secretos, los nombramientos ilegales, o la usurpación de funciones, vienen castigadas en el Código liberal en otras secciones anteriores que suponen una consideración de las mismas con una especial agravación, no bajo supuestos de sistematización subjetiva, (120) sino bajo los que corresponden a la objetividad de la conducta.

Los tipos delictivos genéricos son: (121)

- La prevariación, que se castiga tanto en los casos de comisión por parte de la autoridad judicial como por los funcionarios, con especial relevancia para los que tienen a su cargo presos o detenidos.
- El cohecho, cuya penalidad se gradúa si de ello se sigue la comisión de un delito, y si este tiene relevancia en la libertad o la propiedad de los perjudicados.
- Las infidelidades en la custodia de presos, documentos, o la violación de secretos.
- La resistencia, desobediencia o denegación de auxilio, sistematizadas de forma diferente en los tres Códigos.
- La anticipación o prolongación indebida de funciones, castigada de forma especialmente grave en el Código de 1.822, por razones históricas no justificables.

- Los nombramientos ilegales y la usurpación de funciones que no sean administrativas, en las que juega un papel importante la doctrina de la división de poderes, y en atención a ello, se consideraron en 1.822, bajo rúbricas de delitos contra los Poderes del Estado. (Artº. 193)
- Los abusos, denominación bajo la que en el Código de 1.848, se comprendieron todos los ataques a los derechos fundamentales de la persona, mientras que en los demás, tales violaciones tuvieron una consideración independiente a la que ya se ha hecho mención. Por ello, y dado que en 1.822 ocurrió en este epígrafe lo que ya se ha denunciado en otra ocasión: sub-sunción de conductas disciplinariamente punibles, pero no con la gravedad penal con que se caracterizaban, el Código de 1.870 redujo la consideración de este capítulo a los abusos deshonestos cometidos por los funcionarios prevaleándose de su cargo. Sin embargo, el castigo que se impone la inhabilitación, se ha ce compatible con el que merezca el autor por virtud de la correspondiente norma sancionadora del atropello como delito particular.
- Las malversaciones, fraudes y exacciones ilegales, que por tratarse de delitos de contenido económico son penados con privación de libertad en 1.848, lo cual no ocurre con ninguno de los demás contemplados en el título.
- Las negociaciones prohibidas.

2.- La autorización previa para enjuiciar a los funcionarios

El antecedente histórico de esta medida es el Art. 75 de la

Constitución francesa de 1.799: "Los agentes del Gobierno, que no sean ministros, no pueden ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones, sino en virtud de una decisión del Consejo de Estado: en este caso, el enjuiciamiento tiene lugar por los tribunales ordinarios". Este precepto se mantuvo en Francia hasta 1.870, y su presencia suscitó en aquél país grandes discusiones sobre su corrección, significado y efectos. (121)

En España esta institución se desconoce hasta la Ley de 2 de Abril de 1.845, con dos preceptos:

Art. 4º, apartado 8º: "Corresponde al jefe político...8º Conceder o negar, con arreglo a las leyes e instrucciones, la autorización para procesar a los empleados y corporaciones dependientes de su autoridad por hechos relativos a sus funciones; dando, en caso de negativa, cuenta documentada al Gobierno para la resolución que convenga".

Art. 9º: "No podrá formarse causa a ningún jefe político por sus actos como funcionario público sin autorización previa del Rey, expedida por el Ministerio de Gobernación de la Península.

"En estos casos, los jefes políticos solo podrán ser juzgados por el Tribunal Supremo de Justicia".

Esta medida tuvo diferentes desarrollos según la inclinación política de los Gobiernos que las establecían, y una jurisprudencia muy abundante que refleja la complicación de la Institución. Las normas de desarrollo son las de 5 de Septiembre de 1.845, el Reglamento de 27 de Marzo de 1.850, y la ley y reglamento de 25 de Septiembre de 1.863 sobre gobierno de las prvin-

cias. Estas especialidades en el desarrollo de la normativa sobre la autorización previa, sufren las variaciones de orientaciones paralelas a las diferentes concepciones que las originan.

Lo que interesa también destacar es la unánime opinión de los tratadistas sobre la dificultad de la medida y los excesos a que puede dar lugar. Es común el argumento a favor de la institución que subraya el aspecto de la necesaria unidad y jerarquía o mejor, estructura jerárquica de la Administración. Como corolario de estos principios se deduce la necesidad de que, antes de proceder al encausamiento de un funcionario público, en el ejercicio de su función, se constate si ha existido una actuación en virtud de la obediencia debida. Es este último concepto el que en definitiva justifica la existencia de la institución, y sobre todo la posibilidad de que por razones de orden material, y siempre dentro del ámbito de la Administración, ésta pueda denegar tal autorización al Poder Judicial. (122)

Pero detrás de este concepto se encuentra la real aspiración a un predominio de la Administración en su propia esfera, y la dura resistencia a que el Poder Judicial pueda someter a crítica esta acción. Los peligros, como ponen de manifiesto los propios defensores del sistema, son la evidente tentación de arbitrariedad, en la que sin duda, cayó la autoridad suprema administrativa.

La exacta medida de lo que significó esta institución en la dinámica de la relación entre Administración pública y particulares, y de modo muy específico en lo que se refiere al respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos y su violación por los funcionarios públicos se deduce de la simple lectura de los decretos de denegación de autorización para procesamiento, y que

constituyen la mayoría de los casos en que tal autorización era solicitada. Tanto más cuanto que las consideraciones jurídicas que se hacen (incluso contando con las evidentes parcialidades en su exposición por ser la propia Administración quienes las formulan) nos resultan hoy en día auténticas monstruosidades jurídicas, sin justificación de ninguna clase.

Los principios más abundantes que se desprenden de tales resoluciones vienen a resumirse en estos puntos: (123)

- Existe una discrecionalidad absoluta en el empleo de los medios represivos para el mantenimiento del orden público, y la policía administrativa.
- Jamás existe delito cuando la actuación, al menos en su origen, responde a órdenes emanadas de la superioridad.
- Pero tampoco es responsable el Superior de los excesos que pueda cometer el inferior en el cumplimiento de tales acciones.
- La creencia subjetiva de que se está dentro de las atribuciones marcadas, exime a todo agente público de la posible responsabilidad penal.
- En la inmensa mayoría de los supuestos en que la propia Administración reconoce la existencia de una violación de la ley, se reserva en la práctica totalidad de los casos su castigo, por vía de exacción de responsabilidades disciplinarias.

Las dificultades de tipo teórico que originaban la justificación de esta medida, y que procedían fundamentalmente de la -

consideración, por lo demás alambicada, de que tal institución era salvaguardada de la división de poderes, llevó en la práctica a someter a una serie de filtros consultivos la definitiva resolución que se adoptase. En efecto, la denegación para procesar, que en definitiva era el punto crítico, no se adoptaba por la autoridad inmediatamente superior al funcionario enjuiciado, sino por la suprema potestad del Rey, lo cual conllevaba la intervención necesaria del Ministro y aún del mismo Consejo de Ministros, y una consulta al Consejo de Estado.

El problema adicional procedía de que los plazos establecidos por el Decreto de 27-III-50 eran enormemente rigurosos para el poder judicial (el juez encargado de las primeras diligencias) y de una enorme amplitud (comparativamente hablando) para la Administración y ello tanto más cuando superior era el órgano que debía adoptar el correspondiente acuerdo. (Art. 2º. Inmediatamente ó 14 días de plazo respectivamente)

La supremacía efectiva del Poder ejecutivo sobre el judicial, patente en toda esta compleja regulación, alcanzaba su más alto - grado en la expresa prohibición de que ningún órgano del Poder Judicial, ni siquiera el Tribunal Supremo podía formar causa a nadie, si no era contando con esta autorización. (Artº. 13)

El tratamiento de COLMEIRO sobre esta materia no puede ocultar -y de modo mucho más paladino que SANTAMARIA, treinta años - después- el carácter político de la medida. Se trata en estos casos de la coincidencia de tres elementos, para que pueda llegar a conocerse la actuación delictiva de los funcionarios: una verificación judicial, seguida de una deliberación administrativa, pero coronada por una decisión política. Decisión que debe adoptar

el Gobierno bajo su exclusiva responsabilidad, adoptando una de estas tres posibles soluciones: denegar la autorización, sin más trámites; denegarla, con la salvedad de proceder a la apertura correspondiente del expediente disciplinario; o como dice muy gráficamente, "abandonar a los tribunales de justicia el conocimiento de los delitos oficiales y el castigo de los delincuentes". (124)

3.- Responsabilidad disciplinaria

La regulación de la potestad disciplinaria de la Administración es uno de los pasos más importantes para la racionalización de esta área de la vida nacional en el siglo XIX. Hasta el momento en que se produce tal regulación, la discrecionalidad en éste como en otros campos es absoluta, y su ejercicio significaba una violación, o, al menos, desconocimiento, de la propia dignidad de las personas de tales funcionarios. Resulta obvio y tópico referirse a los negros cuadros literarios que las páginas de las novelas de Galdos, o los escritos de Larra, o Mesonero Romanos, nos han legado. La vida de los funcionarios estaba continuamente salpicada de arbitrariedades e injusticias, producidas por el despotismo, las influencias, o la política de constante inseguridad - que contribuían muy eficazmente al sometimiento de tales funcionarios y a su progresivo deterioro.

El ejercicio de la potestad disciplinaria corre en nuestro país, y en el siglo XIX, una suerte paralela a la fijación de los criterios objetivos para el nombramiento, ascenso y separación de los funcionarios públicos, constatación que no tenemos más remedio que esbozar simplemente en este momento, ciñéndonos al tema de la responsabilidad disciplinaria, por razones de espacio.

La legislación del trienio 20-23, es en este aspecto un antecedente muy válido y significativo de los esfuerzos liberales por dotar a las relaciones jerárquicas dentro de la administración de los caracteres de seguridad y dignidad, que constituyen valores esenciales a la concepción "nueva" de la vida jurídica. Su plasmación no deja de presentar incoherencias técnicas que - hay que subrayar, dentro, sin embargo, de la notable consideración que merecen estas medidas.

A este efecto, resulta significativa la regulación de multitud de supuestos auténticamente disciplinarios en el Código Penal de 1.822, cuya errónea ubicación es evidente, por mucho que alabemos el intento de clarificación jurídica de estas normas, - respecto de la relación jerárquica administrativa. (Cfr. nota 119)

Han de pesar, sin embargo, treinta años, antes que BRAVO MURILLO organice legislativamente estas materias en 18 de Junio de 1.852, entre las que se establece específicamente la disciplina, atribuida a la Junta de Jefes de cada Ministerio con una esquemática, pero concreta, fijación de los supuestos de hecho y - las posibles consecuencias sancionadoras. (Artº. 33)

Conforme van creciendo los cuerpos públicos dotados de inmovilidad se hace más patente la necesidad de arbitrar sistemas de corrección disciplinal (que así se denomina) que por una parte refuercen el principio de la no arbitrariedad en la Administración, pero que también contengan la comisión de hechos, que sin llegar a constituir supuestos penales, no por eso dejan de tener connotaciones negativas, y por ello dignas de ser evitadas.

A este supuesto responde el Real Decreto de 4 de Marzo de -

1.866, dictado en tiempos del Ministerio O'DONNELL, en el que, de un modo mucho más pormenorizado, se determinan los distintos supuestos de hecho -ordenados por su gravedad- y las diferentes sanciones aplicables -ordenados asimismo proporcionadamente a los hechos-. Junto a ello se establece un sistema procesal en el que se procura -aunque sea mínimamente- evitar la arbitrariedad y la indefensión, sin que por ello aparezca aún la posibilidad de revisión, si por instancias administrativas superiores, ni menos - por la jurisdicción. (125)

El último esfuerzo de racionalización lo protagoniza el Gobierno provisional de SERRANO en 26 de Octubre de 1.868, que, al tiempo que deroga disposiciones consideradas como contrarias a una correcta marcha de la Administración, promete "la formación de una ley de empleados", cuyas líneas maestras esboza: "encarzar todo género de aspiraciones, limitar los abusos de poder y emancipar de una vez para siempre los servicios administrativos de la corruptora invasión política".

Esta generosa aspiración y propósito no llegó a cristalizar en ningún momento. Sólomente un tímido intento en la ley de presupuestos de 1.876 funcionó consagrando el régimen de normativa fraccionada existente hasta 1.889-1.890, en cuya legislatura se dictaminó la ley de Empleos civiles.

La tipología de las conductas sujetas a corrección no guardan, como vemos a continuación, el principio de tipificación concreta. En efecto, tales faltas son:

- Faltar de obra, de palabra o por escrito al respeto de los superiores, la consideración de los iguales, o los particulares,

y de modo tal que llegue a constituir mal trato a los inferiores.

- Falta de aplicación en el trabajo.
- Faltas al orden, la disciplina interior o los reglamentos.
- Faltas contra el decoro del empleo.
- Publicación de escritos en propia defensa, sin especial permiso del Ministro que se dependa.

La tipología resulta altamente significativa por la generalidad de los supuestos, con matices de suavización, para los casos de inferioridad jerárquica en el sujeto pasivo de la conducta. Pero es que además, esta normativa se completa con disposiciones según las cuales, los cuatro primeros supuestos admiten la gradación de leves, graves y muy graves, mientras que la quinta, siempre es considerada como muy grave. El supuesto ideológico - que subyace a tal caracterización es patente: La Administración debe ser un campo cerrado en sí mismo, y las exteriorizaciones - de los conflictos internos se consideran en todo caso, como cuestiones de "lesa administración". El temor a la transparencia sociológica es muy claro, y también el desprecio que ello comporta para un derecho fundamental: el de expresión.

El órgano administrativo legitimado para imponer las sanciones depende de la gravedad de éstas: reprensión, el Jefe inmediato; suspensión de sueldo, los Gobernadores; cesantía y separación motivada, los Ministros o Jefes superiores, a quienes corresponda el nombramiento de los empleados.

Las sucesivas leyes de Régimen Local (Ayuntamientos y Provincias) contemplaron a lo largo del siglo XIX, la facultad gubernativa disciplinaria de suspensión de Alcaldes, Concejales o Diputados. La evolución en sentido positivo se concretó fundamentalmente en la creciente concreción en la tipificación de los supuestos de hecho, las sanciones y los procedimientos sancionadores. Fundamentalmente esta concreción pasó de una absoluta discrecionalidad en la ley provincial y municipal de 1.863 a la mayor perfección de las leyes del período democrático, y a la última redacción del siglo, la ley de 1.882, fiel seguidora de los supuestos de las de 1.868, 1.870 y 1.877, en que acabaron los silencios legislativos sobre las causas justificativas del derecho de destitución de los miembros de estas corporaciones.

B) La responsabilidad de la Administración

La responsabilidad de la Administración como concepto carece de entidad durante todo el siglo XIX español, de acuerdo con los tratados doctrinales al respecto, que traducen fielmente no solo la letra, sino más aún el espíritu del tiempo, que concibe, como ya se ha dicho, a la Administración como una entidad incapaz de producir perjuicios. No se planteaba la posibilidad, no ya de una actuación dolosa, culposa o negligente que pudiera imputarse a la Administración como organismo, sino ni siquiera la posibilidad de la atribución, por muy extrínseca que fuera, de la responsabilidad por un daño causado, ni directa, ni indirectamente por vía de responsabilidad civil.

Los principios existentes hasta tiempos muy recientes los enumera LEGUINA VILLA, (126) referidos a la situación italiana, pero cuya transpolación a la española es perfectamente posible:

"El primero se refería a la supuesta incompatibilidad entre acto discrecional y responsabilidad, apoyada en la estricta prohibición impuesta al juez ordinario de controlar el ejercicio del poder discrecional de la Administración" (que como sabemos alcanzaba su zenit en la institución de la autorización para procesar ya revisada). "El segundo, por el contrario, tendía a extender - la responsabilidad directa de la Administración" (y sus secuelas en cuanto al especial "status" procesal de que ésta gozaba) "a toda actividad desarrollada por ésta, fuese pública o privada, jurídica o simplemente material". (127)

Este principio permaneció inalterado, hasta las leves modificaciones de 1.889, en el Código Civil, y en la ley de 1.904. Hasta ese momento todas las normas orgánicas de la Administración, fuera central o periférica, entendían como responsabilidad del órgano a regular la propia de sus funcionarios, susceptible de las diferentes vías sancionadoras ya expresadas. (128)

Como ha sido estudiado, la vía de la posible indemnización por perjuicios causados por "agentes especiales" de la Administración se introdujo en el Art. 1.903, párrafo 5º, y ha sido objeto de una amplia consideración doctrinal.

Existe en el Trienio liberal un ejemplo de responsabilidad objetiva, digno de análisis más detenido.

Se trata del capítulo XII del Título preliminar del Código Penal de 1.822, y que se titula "De la indemnización a los inocentes". Como ya se ha señalado en multitud de ocasiones, los defectos técnicos del Código de 1.822 suelen ir frecuentemente mezclados de grandes aciertos, que anticipan en siglos, atisbos

sobre instituciones jurídicas consideradas de la mayor modernidad, aunque éstas se vean aquejadas de defecto de tecnicismo. (129)

Los artículos 179, 180 y 181 de este Código son los antecedentes inmediatos de las figuras delictivas posteriores, llamadas acusación y denuncia falsas, que en su actual configuración pueden ser cometidas por jueces, funcionarios o particulares. La conducta no se consideraba delictiva en este supuesto específico, sino en los que prevariación, falsedad o abuso, que ya se han considerado en otro lugar. Lo que nos interesa señalar aquí es que objetivamente el texto legal reconoce la obligatoriedad de una indemnización, que es la consecuencia sancionadora de una conducta, que en los mismos textos se reconoce como posiblemente "dolosa, culposa o negligente". Se trata, pues, de una acción - de estructura curiosamente civil dentro de un cuerpo legal penal: en efecto, la conducta sancionada no se pena, en el estricto sentido punitivo, sino que sólo da lugar a una reparación indemnizatoria. (130)

La irregularidad técnica de este capítulo procede de que, como en tantos otros casos del Código de 1.822, los legisladores no atinan a determinar el bien jurídico protegido, o, mejor dicho, el supuesto jurídico a examinar. Se centra en el concepto "indemnización por un perjuicio", no en el bien jurídico auténticamente violado, como es la "presunción de inocencia", y la "integridad moral de la persona".

La secuencia del discurso legal se atiene a estos supuestos: en el artículo 179 se establece el derecho de todo "el que después de haber sufrido un procedimiento criminal fuere decla-

rado absolutamente inocente del delito de culpa sobre que se hubiere procedido, será inmediatamente y completamente indemnizado de todos los daños y perjuicios que hubiere sufrido en su persona, reputación y bienes...". Los incisos siguientes establecen los modos procesales de esta reclamación de daños: posibilidad de actuación contenciosa, o de la actuación típicamente penal, que la ley llama "de oficio", con la intervención del - promotor fiscal, en representación de la parte. La inmediatez - se asegura estableciendo que la indemnización se declarará en - la misma sentencia que falle la inocencia del acusado, esto es, en el propio procedimiento penal instado con la acusación falsa o mejor dicho errónea.

Los dos artículos siguientes contemplan la posible disyuntiva de tratarse de un juicio penal con acusación particular, en - el que será el acusador quién haga la indemnización, sin que ello suponga que el tal acusador haya actuado de mala fé o de modo negligente. En este caso, será copartícipe el juez que hubiere actuado, y aquí sí se exige que la participación sea por dolo, culpa o negligencia.

El artículo inmediato se enfrenta con la segunda alternativa: una acusación de oficio, en cuyo caso ordena que si este hubiere sido acusada por malicia o culpa del juez, hará éste la indemnización íntegramente. Y a continuación se establece un supuesto de responsabilidad absolutamente revolucionario, con su defecto técnico incluido. (131) Dice el Art. 181 del Código: "...pero si el juez hubiere procedido con arreglo a las leyes, aunque después - resultare la inocencia absoluta del tratado como reo, será éste indemnizado por el Gobierno, ya pecuniariamente, ya con alguna honra o merced, según las circunstancias de la persona y lo que

determine en la sentencia, debiendo verificarse siempre que la indemnización sea efectiva y capaz de compensar todos los daños, perjuicios y molestias sufridas por el inocente".

La carga moralista e ideológica del precepto constituye a éste en un claro ejemplo de todos los defectos propios de la legislación liberal, inspirada en Cádiz. Resultan enormemente anacrónicos a nuestros oídos los objetos de la indemnización: dinero "o alguna honra o merced". Esta alternativa refleja el estilo y concepción de la época, puesto que por honra y merced se está indicando inequívocamente alguna prebenda administrativa o cuasi-administrativa, pero en todo caso de carácter público.

Junto a ello, el esfuerzo de reparación condigna, que es auténticamente prometético, entre el daño y la indemnización cuya equivalencia es a todas luces imposible, a no ser para personas que de sí mismas tuvieran una consideración y valoración limitada.

Pero de todas las consideraciones que nos suscita este precepto, la más atendida al tema es que se trata del primer auténtico ejemplo de responsabilidad objetiva. Se busca, en efecto, prevenir como dicen los administrativistas, "resultados de una actividad administrativa (la judicial) que lleva consigo una inevitable secuela accidental de daños residuales y una constante creación de riesgos...", procedente de un funcionamiento normal de los servicios públicos. (132)

El supuesto más interesante de esta normativa es precisamente que cabe indemnización "si el juez hubiere procedido con arreglo a las leyes" y después resultare la absoluta inocencia. No se trata ya de desconfianza respecto del órgano personal que apli

ca la ley, ni de propia desconfianza respecto de la misma ley, sino cabalmente de que el "funcionamiento normal" de ambas instancias, personal y objetiva, origine un perjuicio, que las leyes previenen. En ese supuesto, se arbitra un sistema de indemnización.

La atribución de la indemnización al Gobierno es otro aspecto nuevamente criticable de este sistema. La causa del mal no es el poder ejecutivo, pero se le recarga con la responsabilidad. ¿Cuál es la razón de esta atribución?. Del espeso silencio en torno a este tema en la discusión de las Cortes, sólo podemos inferir conclusiones quizá discutibles, pero cuya entidad como hipótesis puedan ser el origen de una posible discusión e investigación posterior.

No puede ser justificativa de esta atribución la confusión de poderes, que ni en la teoría, ni en la práctica están presentes en la mentalidad liberal. No se trata de un "lapsus mentis" del legislador. Más bien se explicaría por la vía de la consideración de que el juez, al no saber atemperar el cauce de la ley en su actuación, no llega a cumplir con eficacia el papel que le atribuye la Constitución. Esta misión constitucional se atribuye a los jueces por delegación del Rey, que es quien encarna "stricto sensu" esta potestad. Pero al mismo tiempo, el Rey es el directo responsable del Gobierno de la nación, a quien se confía la misión de administrar los recursos nacionales, patrimoniales y de cualquier otra índole. Por este doble camino resulta justificado este cuasi-tropo legal, de tomar al Gobierno, por la Administración, e incluso por el Estado.

Cabrían otras interpretaciones, pero la adoptada, sin minus-

valorar la incorrección técnica repetidamente subrayada, explica, si no justifica, el tenor de su precepto analizado.

La indemnización por "errores judiciales" a la que se refiere ALMAGRO, sería la manifestación más progresiva de una institución que, de alguna manera, supone una responsabilidad objetiva del poder, pues dentro del concepto de error judicial se comprende también aquél que no es debido a malicia o negligencia de persona alguna, sino a la limitación connatural de toda institución humana.

- (1) SZABO, op. cit. págs. 593 y ss. La versión de salida a esta concepción conflictiva no es sin embargo la que - aquí se mantiene.

SZABO afirma (en traducción que nos atrevemos a realizar) "Además, debemos pensar igualmente en revisar radicalmente la concepción conflictual de los derechos del hombre. Los derechos del hombre ¿son sólo necesarios para los casos de conflictos que se producen entre los individuos y los órganos del Estado?. Es cierto que los derechos del hombre no deben extenderse a los conflictos que se producen entre los hombres, porque es la organización de la - justicia la que se encuentra entonces a su disposición. ¿No es verdad que los derechos del hombre deberían reposar mejor sobre la concepción según la cual no hay diferencias con los órganos del Estado, porque estos no se encuentran en oposición a los derechos de los hombres: los derechos del hombre formulan simplemente lo esencial de las condiciones humanas y culturales de la vida y las enumeran".

No es esta nuestra visión: 1º Los derechos humanos se integran en la defensa judicial de los derechos entre particulares; 2º Existen estructuras de poder que se extralimitan y que hay que limitar.

Lo cierto está en señalar que no es sólo el Estado. Pero no se caba con la teoría conflictual Estado-individuo, acabando con uno de los extremos de la tensión: con el individuo. La enseñanza estará, como veremos, en aplicar a los análisis de otras estructuras de poder menos formalizadas, pero reales, los mismos instrumentos que se ha hecho con las del poder político.

- (2) BURDEAU, Les libertés publiques, 4 ème. edit. Paris 1.972 Cfr. para todo el texto posterior, el capítulo dedicado a "La limitation de l'Etat par le droit".
- (3) BURDEAU, op. cit. págs. 61 a 65.
- (4) BURDEAU, op. cit. págs. 65 y ss.: Traité de Science politique, L.G.D.J. 2 ème. edit. Paris, 1.966, Tomo I, nºs. 271-274 y Tomo IV, nºs. 44-48.
- (5) BURDEAU, Les libertes..., pág. 65.

- (6) BURDEAU, *ibidem* y pág. 66.
- (7) Es evidente el peligro de recaída en el iusnaturalismo, sin embargo el camino de huida de tal tentación se expone por BURDEAU: especialmente en *Traité...* págs. 425 y ss. del tomo I. La salida está de nuevo en la concepción del Derecho como regla de juego, tan cercana a las más "novísimas" orientaciones de fundamentación ética.
- (8) Son axiológicamente valiosos, porque a la larga son operativos.
- (9) BURDEAU, *Traité...* I. pág. 426.
- (10) Reconocemos la extrapolación de la teoría de BURDEAU, - pues aplicamos a lo que no es poder político, lo que el francés predica del poder, precisamente por ser político. Lo que ocurre es que en profundidad, poder político, en BURDEAU, sería todo aquel formalizado por el Derecho. Derecho sería norma surgida del interior del cuerpo social donde se despliega el poder de acuerdo con la hipótesis más comprensiva de elaboración de esta norma.
- (11) Completamos con estas reflexiones lo expuesto por PECES-BARBA, op. cit. pág. 241.
- (12) La relativamente temprana aparición en España de la idea de la posible crítica jurisdiccional del legislativo por su falta de acuerdo con la Constitución, puede tener muchas causas. No son las menores la formación jurídica de nuestros políticos, los antecedentes existentes en nacionalidades de este país, pero también la indudable acción de los moderados, cuyas exageraciones anticonstitucionales fueron tan palmarias, que descubrieron a los progresistas las mayores zonas de peligro. Recuérdese la auténtica mentira constitucional que fué el silenciamiento del Jurado en la Constitución del 1.845.
- (13) En Cádiz, se somete a la jurisdicción constitucional por delito, en el mismo nivel que a los Secretarios de Despacho por ejemplo. Dada la rudeza de estos primeros instrumentos, no sabemos qué hubiera ocurrido, si se hubieran desarrollado normalmente hasta nuestros días. Probablemente la sumisión de las decisiones al Tribunal Constitucional.

- (14) Cfr. GARCIA DE PABLOS.
- (15) Recordemos las palabras de BURDEAU, en su disputa con GURVITCH, Traité...I, pág. 428, "En effect le Pouvoi tel que j'ai essayé d'en préciser los contours, est toujours et nécessairement lié a l'idée de droit puisqu'il en est un element essentiel en ce qu'il traduit son dynamisme".
- (16) Analizamos, naturalmente, las violaciones de aquellos sujetos que han podido constituirse en violadores de los mismos con conciencia de su acto, y precisamente que sean poder político porque en ese momento no se ha entendido que los otros poderes fácticos violaban los derechos, sino cuando sustitúan o justificaban las violaciones del poder. Cfr. Sesiones de 26 de Abril de 1.868 y siguientes sobre cuestión religiosa. La necesidad interna de formalización jurídica de tales grupos en paralelo con el político no se aprecia totalmente ni siquiera en la actualidad.
- (17) ROBERT, op. y loc. citados: BURDEAU, Les libertés... pág. 70 y ss. en las que se enfrenta no solo con la cuestión ideológica y jurídica, sino tambien con la práctica de la eficacia real de estas medidas; COLLIARD, Libertés publiques, Dalloz, Paris, 1.975.
- (18) Cfr. ROBERT, op. cit. pág. 119.
- (19) CAPPELLETTI: La giurisdizione costituzionale delle libertà, Giuffré, Milán, 1.976.
- (20) SANCHEZ AGESTA, Historia... págs. 105 y ss. pone de manifiesto la clara conciencia de "golpe de mano" contra los Estamentos que tuvieron los diputados de Cádiz. La polémica con JOVELLANOS inicia en este momento uno de los temas que van a enturbiar el normal desarrollo del poder legislativo español: la discusión sobre la existencia de una o dos cámaras y su composición. Cfr. BERTELSE, op. cit. o también para aspectos más puntuales MARTINEZ SOSPEDRA, op. cit. págs. 320 y ss.
- (21) Sesión de 27 de Octubre de 1.811.
- (22) Es esto un tópico sobre Cádiz, al que ha habido ocasión

- (22) de referirse a lo largo de este trabajo. Cfr. SANCHEZ AGESTA, op. cit. pág. 64: "La tradición y los principios revolucionarios".
- (23) En la sesión de 17 de Enero de 1.812, se plantea la cuestión de la estabilidad de la Constitución. Aparte de otras consideraciones a las que más abajo se aludirá, todos los Diputados que intervienen (que son los más representativos: DOU, ARGUELLES, TORENO, GOMEZ FERNANDEZ, LEIVA, MUÑOZ TORRERO, ANER, OSTOLAZA, OLIVEROS, etc...) suponen - que la legislación ordinaria es variable, pero que el - valladar del sistema serán los principios de la Constitución, deseminados por todo su texto.
- (24) Se mueven los Diputados liberales en las sesiones a que - nos referimos en la nota anterior, entre dos extremos: La Constitución tiene muchos enemigos que a toda costa - intentarán modificarla haciéndola más "liberal" (Cfr. p.e. TORENO). Al mismo tiempo es prolija y las novedades que aporta pueden resultar impertinentes. ¿Cómo hacer para mejorar la sin abrir un protilli a la reacción?. La solución es el Art. 375.
- (25) Sesión de 20 de Enero de 1.812.
- (26) Arts. 142 y 152. En ellos se regula una complicadísima trama de idas y venidas de los proyectos del Rey al Congreso o al Senado, en caso de suspensión de la sanción real.
- (27) Art. 149: "Si de nuevo fuere por tercera vez propuesto, admitido y aprobado el mismo proyecto en las Cortes del siguiente año, por el mismo hecho se entiende que el Rey da la sanción..."
- (28) FAIREN, Temas... "Las relaciones entre el poder legislativo y el judicial y las infracciones a la Constitución de 1.812", I, págs. 171 a 194.
- (29) Cfr. sesión de 12 de Septiembre de 1.812: "La Comisión - cree que el objeto propio que se propuso a V.M. al pedir el testimonio, fué el de examinar por sí mismo si el Tribunal procedía en esta causa con la brevedad compatible con las leyes..., por lo demás ya otra vez ha dicho la comisión que el delito de infracción de la Constitución debe juzgarse, esto es, averiguarse y castigarse, por los jue-

- (29) ces competentes... Se abstendrá, pues, la Comisión de hacer reflexiones, de que no podría prescindir si procediese como Tribunal, y se limitará a indicar el origen de la causa, y explicar su curso y su estado".
- (30) Tales son las que a nuestro entender se asumen en 1.813.
- (31) Comisión: sesión de 12 de Diciembre. Cfr. DIZ-LOIS, op. cit. págs. 223 y ss.
Cortes; sesión de 17 de Enero de 1.812.
- (32) Así lo puede inducir la expresión "la fracción", que son los Diputados de la península entre los que se encuentra como invitado RANZ. Los Diputados americanos son designados como la "Fracción de los diputados americanos".
- (33) Quedan como residuos del pasado, el veto suspensivo, la reunión automática de las Cortes, y la especial autorización del Rey -en materias que se prohibían en Cádiz- en la Constitución de 1.837. Pero el juego de la soberanía efectiva va a ser el mismo. Cfr. SANCHEZ AGESTA, Historia..., págs. 272 y ss.
- (34) E. de M. Estatuto: Se plantea, quizá desde una óptica demasiado apegada a la circunstancia presente de un príncipe real en armas contra la Reina esta peculiaridad de las Cortes. "La reunión de las Cortes del Reino es el único medio legal, reconocido, sancionado por la costumbre inmemorial en semejantes casos, para acallar pretensiones injustas quitar armas a los partidos y pronunciar un fallo irrevocable que sirva de prenda y de fianza a la paz futura del Estado".
- (35) Cfr. GARRORENA, El Ateneo... págs. 531 y ss.; DIEZ DEL CORRAL, El liberalismo... págs. 640 y ss.
- (36) Ver el análisis jurídico-político de GARRORENA, *ibidem*, - págs. 673 y ss. Para los históricos existe una amplia gama de trabajos, muchos de los cuales ya se han citado. Cfr. especialmente los de TUÑON DE LARA.
- (37) Cfr. en este sentido el trabajo GARCIA FERNANDEZ, Esquemas del Constitucionalismo en España, Facultad de Derecho, Madrid, 1.976, págs. 94 a 99 y 104-105.

- (38) Recordemos la justificación de la Constitución de 1.845 al nombramiento de los Senadores, cuyo carácter incluso hereditario, se llegó a discutir, en atención a esta hipótesis.
- (39) De todas las sesiones consultadas, es la Constitución de 1.869, seguida de la de 1.812 la que encierra más enmiendas aprobadas tras discusión que ninguna.
- (40) El libro ya citado de SEOANE refleja de una pequeña parcela temporal de este torrente de palabra. Asimismo S2, AGESTA, op. cit. pág. 150.
- (41) La doctrina del interés que también se conoció en las discusiones doctrinales como doctrina de las "capacidades" ha sido objeto de reflexión al hablar de la participación electoral.

En definitiva, el interés materializa la instancia objetivista que los doctrinarios oponen al empuje de la doctrina de la autonomía del hombre y de la voluntad, primero de los auténticos liberales y después de los demócratas.

La conclusión es muy clara. La tomamos de palabras tan poco sospechosas como las de DIEZ DEL CORRAL, op. cit. págs. 239 y ss.: "Toda la construcción teórica sobre la razón abocaba así a un concreto resultado político: los burgueses son los capaces de dirigir la vida del Estado. Sobre la soberanía de la razón, Cfr. GARRORENA, op. cit. 534 -sobre DONOSO- y 564 -sobre J. COSTA-.

- (42) El sentido diferencial de esta institución con la de Cádiz, Cfr. PEREZ PRENDES, "Las Cortes de Castilla y Cortes de Cádiz", R.E.P. 126, 1.962.
- (43) El profesor de Madrid, en op. cit. págs. 220 y ss. afirma que el concepto de soberanía, hasta el advenimiento de los septembrinos, carece de sentido. "... es la enunciación de uno de esos principios abstractos que para estas generaciones educadas en el positivismo jurídico de BENTHAM son máximas muertas".
- (44) Este concepto doctrinario español culmina así la evolución de una ineludible conversión de la Constitución en un instrumento de interpretación, más que en un texto a interpretar.

- (45) Cfr. DIEZ DEL CORRAL, op. cit. págs. 508 a 512.
- (46) GARRORENA, op. cit. págs. 635 y ss.
- (47) Sesión de 19 de Abril de 1.876, formulada por ULLOA. En aquella intervención criticó el concepto de constitución interna e hizo un repaso de la auténtica tradición constitucional española.
- (48) Lo critica ALCUBILLA, y lo confirma TOMAS VILLARROYA, Cfr. Sesión de 13 de Noviembre de 1.844, intervención de ORENSE.
- (49) Cfr. CRUZ VILLALON, op. cit. 299 y ss.
De esta misma orientación ideológica, son también las leyes de indemnidad.
- (50) BERTELSEN REPETTO, El Senado en España
- (51) Ataques de PACHECO y SBIJAS al Senado Jurisdiccional.
- (52) Sesiones de 6 de Abril de 1.869 y ss.
- (53) A él y a la defensa que hace MORET, en la sesión de 8 de Abril, nos hemos referido más arriba.
- (54) JUTGLAR, Pi y Margal y el federalismo español, Taurus, Madrid, 1.975, págs. 302 y ss. de Tomo I.
- (55) Sesión de 13 de Abril de 1.869.
- (56) Cfr. FERNANDEZ-SEGADO, "Las disposiciones...", cit. en especial, pág. 92, la intervención de BRAVO MURILLO: "Las Cortes con el Rey tienen la facultad de hacer las leyes; la autorización de que se trata debe ser objeto de una ley se puede autorizar por las Cortes". En el mismo sentido, MARTINEZ DE LA ROSA.
- (57) Sesión de 6 de Abril de 1.869.
- (58) Sesión de 5 de Mayo.
- (59) Sesión de 10 de Mayo de 1.869.
- (60) Esta institución, de honda raigambre española, existe en la época liberal, desde el primer momento, fué también objeto de múltiples supresiones y restauraciones, al hilo de la aparición o desaparición de los modelos políticos del siglo.

- (61) Sesión de 8 de Abril.
- (62) Constitución de 1.869, Art. 92: "Los tribunales no aplicarán los reglamentos generales, provinciales y locales, sino en cuanto estén conformes con las leyes".
- Constitución de 1.873, Art. 77: "En el caso de que el poder legislativo dé alguna ley contraria a la Constitución, el Tribunal Supremo en pleno tendrá facultad de suspender los efectos de esta ley".
- (63) GARCIA DE ENTERRIA, "La Constitución como norma directa", Anuario D^o. Civil, Madrid, págs. 291 y ss. Asimismo en la Constitución española de 1.978, Civitas, Madrid, 1.980, págs. 95 y ss.
- (64) "En estado apenas latente..." afirma GARCIA ENTERRIA, op. cit. pág. 298.
- (65) Dictamen de la Comisión de Constitución de la ley de Bases de la reforma. Sesión de 30 de Noviembre de 1.836.
- (66) Que la Constitución de Cádiz recogía en su seno normas - propias de leyes ordinarias, por la inexistencia de éstas, no puede impedir que consideremos, precisamente, que por ello el poder constituyente español empezó su andadura con virtiendo a lo que podía ser una pura programación política, en una norma inmediatamente aplicable. A este respecto, ni siquiera la experiencia anterior española: la de Bayona, llega a su altura.
- (67) El análisis histórico nos lleva a pensar, que en España, las constituciones son cortas, cuando se trata de recortar sus garantías. Son largas, en el caso contrario. Se sabe que hay textos europeos cortos, pero densos y eficaces en sus prescripciones -p.e.: la Constitución belga-, pero eso no ocurre en España.
- (68) No es nueva, ni será la última vez que en España existan leyes ordinarias que penen criminalmente además del Código. Esta reduplicación se produce, sobre todo en estos primeros tiempos, con los fenómenos de la imprenta y las leyes electorales.

- (69) Cfr. sólo la de 30 de Junio de 1.862. Las restantes consultadas no se refieren al tema.

P.E. detención arbitraria, 14 de Agosto de 1.862
detención y malos tratos, 10 de Octubre de 1.862
detención ilegal, 26 de Diciembre de 1.870

- (70) ARAGON, "En su comentario a la sentencia alegalizadora - del Partido Comunista de España, en Rev. de Der. Admin. Civitas, 14 de Julio-Septiembre 1.977, pág. 509, cita - una serie de sentencias, reunidas para este trabajo, sin caer en la cuenta de que es necesario analizarlas diacrónicamente y a la vista de sus antecedentes y consecuentes,

La sentencia que por primera vez recoge -según las investigaciones que hemos realizado- un precepto constitucional en el período es la de 28 de Diciembre de 1.870, y se trata de un caso de irretroactividad de las leyes. La lejanía de relación entre este concepto jurídico y la constitución supone una viva conciencia de la alegabilidad de ésta.

- (71) S.T.S. 24 de Abril de 1.871, 14 de Julio de 1.871, 10 de Febrero de 1.872, 10 de Febrero de 1.873, 10 de Marzo de 1.873, 12 de Diciembre de 1.874 (sobre derechos fundamentales).

Subrayamos, que en este período si se cita la norma constitucional, cosa que no ha ocurrido antes, con la excepción indicada, con una generalidad tan amplia que es cualitativamente nueva. Se cita además para problemas generales. Así aparte de la ya citada de 28 de Diciembre de 1.870, se encuentran las de 22 de Junio de 1.871 (sobre retroacción, Art. 13 de la Constitución), 22 de Septiembre de 1.871 (sobre perturbación en bienes y derechos), 13 de Marzo de 1.873 (interesante porque se trata de una condena de un individuo que acusa al juez de "haber infringido la Constitución", y no las leyes).

- (72) Sentencias en que se deniega la alegación Excl. de Con.

- (73) Es evidente que, a partir de que se prohíbe citar como - fundamento del recurso de casación sólo a un precepto de la Constitución, se une a otro precepto. Pero el T.S. no sólo defiende esta interpretación directiva de la Constitución (Cfr. "la necesaria armonía" entre Constitución y leyes ordinarias de la S.T.S. de 25 de 1.889) sino que -

- (73) habla, como se dice en el texto de norma constitucional infringida, en casos como:

S.T.S. 11 de Julio de 1.885 (sobre libertad de Imprenta: "ni se infringe, por tanto, dicho artículo -el 15 de la Constitución) 20 de Abril de 1.885 ("infringido el Art. 11 de la Constitución) 9 de Junio de 1.885 (Arts. 10 y 11 ... que se alegan como infringidos...) 29 de Septiembre de 1.886 ("No hay infracción de los arts. citados..." - los arts. 10 y 11 de la Constitución), 2 de Julio de 1.887 ("No incurre en la infracción del Artº. 6 de la Constitución), 8 de Abril de 1.887 ("Infracción Arts. 11 y 13 de la Constitución).

- (74) S.T.S. de 29 de Diciembre de 1.886: "Considerando que para la aplicación del Art. 215 del Código Penal, que castiga los delitos contra la inviolabilidad del domicilio, ha de tenerse presente la ley fundamental del Estado, que consigna y garantiza este derecho, porque toda alteración que ésta introduzca en la extensión y límites de la inviolabilidad de domicilio, modifica necesariamente en su aplicación el citado Art. 215 del Código".

Se trata de una de las manifestaciones específicas de la aplicación directa de la ley constitucional, según teoría de GARCIA DE ENTERRIA, op. cit. págs. 317 y ss. b). La derogación de todas las normas anteriores contrarias a la regulación constitucional de los derechos fundamentales".

- (74)bis. COLMEIRO, op. cit. I, págs. 79 y 80.

- (75) SANTAMARIA, op. cit. págs. 65

- (76) Aquí se manifiesta la diferente situación de uno y otro autor. COLMEIRO, pág. 81, habla de tres alternativas: petición a las Cortes, petición al Rey, o confiar en que - los tribunales no apliquen los extremos lesivos de los reglamentos -no cabe remedio si los aplican-.

SANTAMARIA DE PAREDES ha conocido el precepto de 1.869 y aunque mantiene exáctamente la misma posición de COLMEIRO, aunque reconozca que en la época democrática sí existía remedio, y que indirectamente el recurso contencioso-administrativo puede ser un remedio, si se logra superar las diversas barreras procesales que contiene, págs. 65 y 66.

- (77) TRUJILLO, El federalismo español, Edicusa, Madrid, 1.967 págs. 159; LUCAS VERDU, op. cit., pág. 72.
- (78) GARCIA DE ENTERRIA, op. cit. Apartado III.
- (79) FAIREN, Temas..., op. cit. págs. 173 y ss.
- (80) FAIREN, op. cit. pág. 189.
- (81) FAIREN, op. cit. págs. 191 y ss.
- (83) Sesión de 13 de Julio de 1.813.
- (84) Así lo juzga fuera de dudas FAIREN, y eso que no entra en su examen la versión de 1.820 mucho más clara en este sentido y no por la redacción de la ley, sino porque podría haber tenido ocasión de examinar los concretos supuestos de conocimiento por las Cortes de los casos de responsabilidad con sus dos momentos de formación de expediente por la Comisión y elevación a la decisión de las Cortes. Cfr. págs. 193 y 194.
- (85) Sesión de 9 de Abril de 1.837: De modo indirecto, al afirmar que el Art. 9. "Ningún español puede ser juzgado, sin ..." no atribuye derecho, que no puede ser ejercitado ante ningún Tribunal. O más tarde ALMONACI, cuando se plantea la posibilidad de que un día las Cortes determinaran que p.e. las Comisiones militares son tribunales competentes.
- (86) Sesión de 24 de Enero de 1.855.
- (87) Sesión de 7 de Mayo de 1.868. Intervención ya anotada más arriba.
- (88) Sesión de 6 de Abril
- (89) Ha una indisimulable sumisión a las exigencias de la coherencia doctrinal en los federales, puesto que el panorama que ofrecen los Jueces de aquel tiempo no es para confiar políticamente en ellos. Sin embargo, lo hacen así.
- La cita de LUCAS VERDU es de TRUJILLO, op. cit. pág. 159
- (90) COLMEIRO, op. cit. I, págs. 540, trata el tema de las garantías individuales como un bien jurídico más a la per

- (90) sona o ciudadano. que hay que respetar.

Igual tratamiento recibe de SANTAMARIA DE PAREDES, o aún menos específico, puesto que solo se refiere a garantías concretas, cuando trata de la instrucción, la publicidad escrita o el orden público, Cfr. págs. 281 y ss, 379 y ss.

- (91) GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ, op. cit, págs. 55 y ss.

- (92) Se trata conceptualmente de una responsabilidad penal, - pero cuya especificidad hace suponer un deseo por parte de los legisladores de Cádiz y otorgarle una sentencia - diferente.

- (93) Cfr. COLMEIRO, op. cit. págs. 67 y ss. SANTAMARIA DE PAREDES, op. cit. págs. 113 y ss.

- (94) Cfr. MA. ALCUBILLA, op. cit. voz, "Responsabilidad del Estado".

- (95) Cfr. GARRIDO FALLA, "La teoría de la indemnización en el Derecho Público", en Estudios en homenaje a Gascon, Madrid 1.952.

- (96) A este supuesto podría convenir la construcción de GARRIDO FALLA, antes aludida.

- (97) COLMEIRO y SANTAMARIA DE PAREDES, ibidem.

- (98) Entre la escasa bibliografía de repertorios que existen, tienen una desproporcionada importancia las de competencias.

Así por ejemplo, la Colección de Decisiones y sentencias - del Consejo de Estado, de 1.846 a 1.865 tiene 4 volúmenes de un total de 8 dedicados a este tema.

- (99) Las competencias no se consideran simplemente por la doctrina como un medio procesal de dirimir contiendas "a limine litis" entre los que se creen llamados a decidir un enjuiciamiento. Esta justificación que debería bastar se une a otra, que, aunque deducida de la posición del Rey como mediador necesario, convierte a esta institución en un instrumento político. Cfr. COLMEIRO: op. cit. pág. 349 del II tomo: "Corresponde al Rey...Para restablecer la concordia entre el poder legislativo y el ejecutivo, le otorga la

- (99) Constitución la prerrogativa de disolver las Cortes; más como no puede disolver los tribunales que usurpan los derechos de la administración, porque son permanentes e inmovibles, debe tener autoridad de árbitro y kediadero entre la jurisdicción administrativa y la ordinaria".
- (100) Art. 404: "Para los casos de que trata el Art. 401 no se tendrá por funcionario público a los que públicamente profesen una ciencia o arte, sino cuando como tales profesores estén dotados por el Gobierno o por la comunidad del pueblo respectivo; y las certificaciones o atestados de los que lo estén no se considerarán comprendidas en dicho artículo sino cuando los profesores las den oficialmente, de orden de una autoridad legítima o en virtud de alguna ley o reglamento".
- (101) C. Penal de 1.848-50: Art. 322 "Para los efectos de este título se reputa empleado todo aquel que desempeña un cargo público, aunque no sea de Real nombramiento ni reciba sueldo del Estado".
- C. Penal de 1.870: Art. 416, "Para los efectos de este título y de los anteriores del presente libro, se reputará funcionario todo el que por disposición inmediata de la ley o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas".
- (102) Art. 10: "Son circunstancias agravantes..., 10ª Prevalerse del carácter público que tenga el culpable".
- (103) Art. 10, apartado 11 de idéntica redacción.
- (104) Se podrá comprobar esta afirmación: traición, instituciones políticas fundamentales, etc....
- (105) Art. 142 y castiga al Ministro que enajene o ceda todo o parte del territorio, admita tropas extranjeras, ratifique tratados contra lo prevenido en el Art. 74 de la Constitución. Su pena es de cadena perpetua a muerte.
- (106) El primer supuesto, Arts. 147 y 48, y 146 del 70. El segundo, Art. 149 y 70.
- (107) Se contemplan los siguientes supuestos: Art. 259, conspiración o rebelión contra estado extranjero; Art. 265, violación de embajadas; Art. 269, entrada en territorio ex-

- (107) tranjero con armas y propósito de apresar a alguien; - Art. 271, entrega de persona a extranjeros sin los requisitos; Art. 273, confiscación como represalia.
- (108) Art. 213, propagar doctrinas contrarias, Art. 215, meras invectivas; Art. 247, remisión a la ley especial de 1.820.
- (109) Cfr. p.e. Art. 216: "Si un funcionario público o un eclesiástico secular o regular, delinquire contra lo prevenido en el artículo precedente, ejerciendo funciones de su ministerio, se le impondrán dos años más de prisión, con la privación de empleos, sueldos y honores, y la ocupación de sus temporalidades".
- (110) Tanto en 1.848-50 como en 1.870, la Constitución no constituye un objeto directo de protección, sino los contenidos consagrados por tal Constitución. Se penan las conductas contra lo que la Constitución previene. Arts. 167 y 174 de 1.848 o 243 y 250 de 1.870.
- (111) La nueva visión de esta institución, que adquiere un peso específico en el sistema político democrático. Entre sus prevenciones penales está el castigar al Ministro responsable por los incumplimientos de las obligaciones reales en torno a ellas.
- (112) En 1.812, se concibe como delito contra las Cortes. En 1.848 y 1.870, como abuso de funcionario.
- (113) Forma en los textos de 1.848 y 1.870 supuestos específicos de la rebelión o sedición.
- (114) Esta titulación defectuosa llega también a los tiempos - más recientes, en los Códigos de la Dictadura. Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, op. cit. pág.
- (115) Art. 214 (allanamiento), Art. 218 (detención correspondencia) Art. 219 (apertura correspondencia), Art. 220 (sustracción de correspondencia), Art. 221 (destierro ilegal) Art. 222 (deportación o extrañamientos ilegales), Art. 229 (impedir individualmente el derecho de asociación, reunión o manifestación), Art. 230 (impedir reunión), Art. 231 (disolución de asociación) Art. 232 (no poner a disposición del Juzgado la suspensión de asociación), Art. 233 (referido a la libertad de enseñanza).

- (116) RODRIGUEZ RAMOS, op. cit. págs. 351 y ss.
- (117) Tal es la tradición española, que vemos, artículo a artículo en el Código de 1.820, y el sentido de la agravante 10 o 11 de los dos últimos Códigos del siglo.
- (118) La máxima en el caso de fraude o exacción es la de prisión correccional. La de impedir o suspender asociación, inhabilitación. La de detener ilegalmente, inhabilitación absoluta. Y lo más curioso la imposición de una pena que pudiera ser pecuniaria, y de la misma cuantía que la exacción ilegal, inhabilitación absoluta, más la multa del tanto al triplo (que también se da en la exacción ilegal. Código de 1.870.
- (119) Ver, por ejemplo, Arts. 483 (incumplimiento de orden superior por lentitud, omisión o descuido), 484 (diferir - la ejecución de la orden, aunque sea para representar...) 485 (por el contrario se enfrenta con estas conductas cuando media dolo).
- (120) Cfr. p.e.: FERRER, Comentarios al Código Penal, Madrid, - 1.956, Tomo IV, págs. 57 y ss.
- (121) Código de 1.820: Arts. 451 a 521
Código de 1.848: Arts. 263 a 320
Código de 1.870: Arts. 369 a 415
- (121) KOECHLIN, La responsabilité de l'Etat en dehors des Contrats de l'an VIII à 1.873. L.G.D.J., Paris, 1.957 págs. 63 y 64.
- (122) COLMEIRO, op. cit. II, págs. 358 y ss.; SANTAMARIA DE PAREDES, op. cit. págs. 113 y ss.
- (123) Este resumen está tomado fundamentalmente del que ofrece COLMEIRO, al final de su obra, sobre diferentes conceptos ius-administrativos, entre los que está éste, págs. 473
- (124) COLMEIRO, op. cit. págs. 359 y 360.
- (125) A este extremo se dedica el último capítulo, arts. 77 a 91.
- (126) LEGUINA VILLA, La responsabilidad Civil de la Administración pública, tecnos, Madrid, 1.970.

- (127) LEGUINA, op. cit. págs. 33 a 37.
- (128) LEGUINA, op. cit., págs. 88 y ss.
- (129) ALMAGRO, "La problemática del "recurso...", cit . págs. 355 y ss.
- (130) Esta institución volvió a establecerse en 24 de Junio de 1.833, Cfr. ALMAGRO, ibidem.
- (131) Como señala ALMAGRO, este tipo de responsabilidad absolutamente objetivo, no llegó a restaurarse en la II República.
- (132) LEGUINA, op. cit. pág. 30.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Los resultados de este trabajo pueden establecerse en una serie de enunciados, cuya justificación estriba, a nuestro entender, en el fundamento empírico que esperamos haber establecido en las páginas anteriores. Estos enunciados son la recopilación de las últimas reflexiones a que ha ido dando lugar el examen de nuestra legislación y de nuestra rudimentaria jurisprudencia, en el siglo XIX español, que obviamente no puede ahora reiterarse.

Las conclusiones, que a continuación se enumeran, se establecen en torno a cinco temas. Cada uno de estos corresponden a investigaciones comprendidas en los cinco capítulos de la tesis. Las conclusiones 1 a 5 son de carácter sistemático. Las que llevan los números 6 a 10 se refieren a los aspectos de declaración constitucional de los derechos y de la protección procesal. El estudio de la legislación ordinaria ha llevado a las conclusiones 11 a 13. Los aspectos procesales, tanto funcionales como orgánicos han permitido establecer las conclusiones 14 a 22. Por fin, las tres últimas conclusiones (nº 23, 24 y 25) reflejan el estado de la cuestión decimonónica referido a la particular disciplina jurídica de las violaciones de los derechos fundamentales por el Poder.

1.-En el siglo XIX, se los derechos fundamentales se declaran en el Derecho positivo generalmente bajo la forma de derechos subjetivos, que recogen propósitos básicos de planteamientos de la convivencia jurídico-política y social. Tales derechos no siempre se dotan de una instrumentación protectora jurisdiccional, pero, una vez declarados, se adivina una dinámica histórica que suele desem-

bocar en dicha protección. Con ello se demuestra la eficacia que - supone la declaración de los derechos, aunque inicialmente adopten la forma de una cierta formulación idealista. El uso indiscriminado del apelativo de idealistas, que en varias ocasiones del siglo XIX, se aplica a tales derechos, encubre un indistinto propósito de desconocer sus exigencias. La lucha por su especificación significa, en el siglo pasado, la lucha por su efectivo respeto.

2.-Los contenidos atribuidos a los derechos fundamentales - son los que precisamente la sociedad del siglo XIX español considera básicos para la convivencia política. Entre tales contenidos, se encuentra el derecho fundamental a la propiedad, al que no podríamos considerar hoy de modo indiscutible con ese carácter. El - hecho de haber adoptado una visión pragmática, y de haber analizado este derecho como fundamental se ha justificado por dos razones. En primer lugar, que así lo han considerado la casi totalidad de - los políticos en ese período histórico. En segundo, porque la historia de su protección ha constituido el modelo del lento, pero progresivo impulso hacia la "juridificación" absoluta de un derecho, a semejanza del cual se han "juridificado" los demás. Hemos visto que este segundo proceso no ha terminado de consumarse en el período citado pero esa dinámica puede facilitarnos el modelo metodológico del estudio de la historia liberal-burguesa de los derechos - humanos.

3.-Dentro de este análisis, nos hemos centrado en la problemática de la protección procesal. La elección de este objeto formal constituye la específica finalidad del presente trabajo. Ello ha -

podido servir para subrayar el silencio injustificado y, en parte, inconsciente que mantiene la Filosofía del Derecho sobre este aspecto, esencial del fenómeno jurídico.

Cabe deducir del análisis histórico del siglo XIX, en un aspecto tan crucial como el de los derechos fundamentales, que es necesario profundizar, desde la perspectiva de la reflexión sobre el Derecho, en los principales problemas de la actividad procesal. El proceso tiene aspectos claramente relacionados con la dignidad, la libertad, y las concepciones globales de la justicia, el hombre y la sociedad, y a ello hay que responder, ofreciendo un lugar de encuentro con reflexiones de otras áreas jurídicas.

4.-Conecta con este tema, el de la "interdisciplinariedad" - necesaria para un correcto tratamiento de los derechos fundamentales. Se ha experimentado que la aplicación de este método de investigación ha aclarado, quizá como ningún otro, la exacta significación y eficacia de la ideología de los derechos humanos en el siglo XIX. Es más, por medio de él, se han podido construir hipótesis de explicación de fenómenos, cuyo estudio aislado no permitía una comprensión global de sus efectos y consecuencias: así ha ocurrido con el concepto de legitimación, la acción popular, el valor de la Constitución como norma directamente aplicable, la moderna concepción de la sentencia y el derecho a obtenerla, etc...Parecería lógico - deducir de esta experiencia la conveniencia de que la Filosofía del Derecho se ofrezca a la investigación científica del Derecho, como ese lugar de encuentro que necesita la discusión de las más importantes o genéricas cuestiones entre las disciplinas jurídicas particulares. Con ello, podría pensarse en una iluminación mutua de fe-

nómenos que, naturalmente, no son lejanos entre sí, pero cuyas peculiaridades y matices tienen pocas veces ocasión de contrastarse. Por otro lado, se evitaría también el colonialismo científico que - sobre la Teoría General del Derecho puede haber ejercido hasta ahora el Derecho llamado privado por la simple razón de su mayor desarrollo histórico.

5.-La protección procesal, que hemos examinado de modo específico en su relación con los derechos fundamentales, ha planteado dos cuestiones. Una es la necesidad de que estos derechos, cuando son reconocidos, deben ser dotados de unos instrumentos procesales y jurisdiccionales congruentes para restaurar sus violaciones. Otra la que nos presenta la protección procesal, en sí misma considerada -sea cual sea su calidad-, como un auténtico derecho. A estas dos facetas, se ha unido en este trabajo la reflexión sobre la naturaleza de la acción procesal. Hemos visto que la experiencia histórica muestra los peligros de una separación excesiva entre derecho material y acción. La concepción del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción como derecho medial parece responder acertadamente, no sólo a los requisitos del mismo, sino a las respuestas teóricas exigidas por sus violaciones en el siglo XIX.

6.-Podemos afirmar que ha quedado demostrado la existencia de tres grandes modelos de constituciones en España, en cuya diferenciación interna influye el tratamiento jurisdiccional de los derechos fundamentales. Un primer grupo estaría constituido por las Constituciones de Bayona y Cádiz. Junto a ellas, el modelo moderado más o menos puro de las Constituciones del 1.837 (en la que se

refleja el pacto ó convenio constitucional entre los dos sectores liberales, pero con mayor peso específico del sector moderado), 1.845 (la más regresiva de las moderadas, obra del sistema político encarnado por NARVAEZ), y 1.876 (que es indudablemente tributaria de la de 1.845, pero que refleja una serie de puntos aportados por las constituciones progresistas). Por fin, las progresistas, ó claramente democráticas, entre las que contamos la "non nata" de 1.856 (que significó el nacimiento de muchas de las preocupaciones que cristalizarían más tarde de una forma completa), la monárquica democrática de 1.869 (la más avanzada de las que tuvieron efectiva vigencia en España) y el proyecto de 1.873 (en versión, sin duda, inmadura, pero representativa del estado de evolución jurídica más progresiva de finales de siglo).

7.-Defendemos la originalidad indiscutible de nuestra primera auténtica Constitución: la de 1.812. Se puede detectar puntos de - influencia genérica de las Constituciones francesas monárquica y - republicanas, sin que el influjo de las consulares ó imperiales llegaran a ser tan significativas como el de aquéllas. Probablemente porque, a pesar de que el más importante redactor de Cádiz -RANZ RO MANILLOS- estuvo en Bayona, el hecho de que sobre el Estatuto de 1.808 influyera determinadamente Napoleón, retrajo a los gaditanos de - adoptar los textos napoleónicos como modelos. Junto a ello, constatamos la relativa falta de justificación de la tópica consideración de "idealista" que se ha aplicado a la Constitución de 1.812. Su - comparación con los modelos franceses subrayan el carácter eminentemente pragmático -en líneas generales- de nuestro texto constitucional, que llegó a convertirlo en un modelo de norma fundamental

inmediatamente aplicable, y en especial en el tema de las garantías procesales genéricas y específicas.

8.-Las características más señaladas de los ejemplos constitucionales moderados, desde el punto de vista de los derechos fundamentales y de su protección procesal, son el uso y abuso de las cláusulas de remisión abierta a la Ley ordinaria y el recurso al silencio normativo, con la excusa de optar por textos constitucionales más simples. La legalidad ordinaria vendría luego a demostrar que ambos extremos perseguían el propósito de limitar la formulación y eficacia de los derechos. A ello se une en el último período una contradicción al considerar la Constitución como norma aplicable: solamente a los efectos de recortar las libertades públicas, sin que se permitiera su alegación por los particulares en los puntos que les pudieran resultar beneficiosos.

9.-Las Constituciones progresistas ó democráticas españolas contienen realmente textos muy apreciables en estos extremos. Reflejan el deseo de reseñar con la mayor amplitud posible, no sólo los contenidos mínimos de los derechos, sino también los puntos esenciales de sus respectivos estatutos. Entre estos puntos se encuentra una eficaz defensa jurisdiccional. Junto a ello, se manifiesta -aunque no con toda la claridad deseable- el indisimulado propósito de que la actuación contraria a los derechos fundamentales se someta al control parlamentario, en una línea iniciada por Cádiz, y al enjuiciamiento judicial, sólo plasmado de modo efectivo en 1.873, aunque indiciariamente señalado, en 1.869. La finalidad de los demócratas es conseguir la sumisión total del poder ejecutivo a la ju-

jurisdicción ordinaria, por medio de las normas constitucionales y legales necesarias. El rescate de lo contencioso-administrativo para la jurisdicción delegada y la supresión constitucional de la autorización previa para el procesamiento de los funcionarios son ejemplos de esta orientación.

10.-Existe en España una época que pudiera llamarse de interregno, que va desde la muerte de Fernando VII a la sublevación de La Granja. Constitucionalmente aparece caracterizada por el Estatuto Real, ó Carta otorgada de 1.834. Este período es señaladamente reformista. Existen dos líneas de actuación, que polarizan las contrapuestas actitudes de los "moderados" y los "progresistas". Aquéllos van a intentar reformar la realidad jurídico-política del país por medio de una decidida transformación de las estructuras jurisdiccionales: reglamentación de los procesos, intento último de mantener lo contencioso-administrativo bajo la tutela jurisdiccional ordinaria y organización del poder judicial como institución autónoma y técnica. Los segundos van a dedicar sus esfuerzos a plasmar en normativa fundamental los derechos fundamentales y el global proyecto político de organización del país. A ello responde la Petición de la Tabla de Derechos y las sucesivas formulaciones de proyectos de Constitución unidos a conspiraciones políticas más ó menos eficaces.

11.-La legislación ordinaria es la fuente principal de la regulación de los derechos fundamentales. Sin embargo, y, a pesar de que la ley es la norma más significativa del sistema jurídico más-aún que la Constitución- el principio de legalidad en estas materias

se observa muy raras veces, y sólo en las tipificaciones penales, o determinadas normas orgánicas. En lo que se refiere a la sistemática jurídica de las libertades, la ley suele regular la Imprenta y las supresiones de las garantías, mientras que las demás libertades excepto en los casos del Código Penal, o de las Leyes de Enjuiciamiento- suelen estar reguladas por normas jerárquicamente inferiores.

La oscilante jurisprudencia ha completado en muchos casos la recta inteligencia de la ley, y la tendencia apreciada es que normalmente ha reforzado la posición del poder o de la ideología que lo inspiraba. No existe, por regla general, jurisprudencia que amplie los supuestos de protección de las libertades de los particulares. Si alguna innovación se introduce en este campo, es más bien de carácter represivo para tales libertades.

12.-Hemos definido a tres de las libertades o derechos fundamentales declarados en el siglo XIX como característicos, y a cuya imagen se han sistematizado, ya entrado en el presente siglo, los demás derechos. Se trata de la inviolabilidad personal en relación con los procedimientos criminales, la imprenta y el derecho de propiedad. La inviolabilidad personal es un tema en torno al que no se han manifestado de modo extremo las diferentes concepciones político-jurídicas liberales de los dos sentidos indicados: moderados y progresistas. Constituyen las excepciones a esta tendencia la autolimitación de las medidas cautelares que se prescriben por los progresistas y demócratas, frente a la posición contraria de los moderados -incluso derogando legislación ordinaria- que mantienen un tono de mayor ambigüedad en beneficio del ejecutivo. La libertad de Imprenta ha supuesto el enfrentamiento de dos concepciones de un

modo total; este enfrentamiento no sólo se manifiesta en los procedimientos de protección jurisdiccional de los sujetos de esta libertad, sino también en la regulación de requisitos, impedimentos, etc...El Derecho de propiedad ha significado el otro polo de coincidencia de ambas posturas políticas, manteniéndose a lo largo de todo el siglo una posición igualmente favorable a la Administración en los supuestos en que pudiera haber existido una contraposición de intereses con los particulares. Sin embargo ya se ha señalado la -tendencia a someter a la jurisdicción ordinaria los conflictos subsiguientes en el sexenio revolucionario.

13.-Las situaciones extremas en torno a los derechos fundamentales se han producido en los casos de: la esclavitud, el derecho de universal participación política, y las libertades relacionadas con la conciencia y el espíritu. La existencia de la esclavitud, -mantenida hasta bien entrado el siglo (1.886) por razones de tipo económico, marca el límite más bajo del estado de los derechos fundamentales en el siglo XIX. El derecho a la participación política universal -el sufragio universal- plantea en este siglo la discusión doctrinal en torno a la definición de los derechos fundamentales, con la distinción entre derechos civiles y derechos políticos. Su protección procesal es muy amplia y compleja, aunque limitada a los supuestos electorales, por lo que las instituciones protectoras no fueron extrapolables a otras libertades. Por lo que se refiere a -las libertades espirituales ó doctrinales, se ha comprobado la influencia de los sectores prevalentes de la Iglesia durante todo el siglo XIX, que han tratado de impedir la consagración de cualquier libertad que atentara contra su línea de magisterio, el reflejo de

ese poder efectivo se ha puesto de manifiesto a lo largo de todo el siglo, con ejemplos como son la agravación de las penas en los casos de comisión de delitos de opinión por los eclesiásticos -reconociendo su influencia doctrinal sociológica- o el exquisito cuidado de los parlamentarios no creyentes en sus expresiones referentes a la Iglesia o la Religión, no correspondida por los representantes de ésta.

14.-El estudio del derecho de libre acceso a los Tribunales, desde el punto de vista de la historia de los textos legales, que corresponden a los diferentes tipos de proceso, han hecho ver lo exagerado de muchas especulaciones modernas en torno a este tema. La experiencia histórica demuestra una vez más que las formalizaciones conceptuales deben atender fundamentalmente a evitar los abusos, arbitrariedades y discrecionalidad absoluta del poder, incluso por encima de la coherencia puramente formal de tales construcciones, si es que dicha coherencia se manifiesta de modo indudable. Es concreto, en este terreno, se muestra indudablemente que el concepto a profundizar por los procesalistas es el de la legitimación. El recorrido histórico nos ha mostrado la carga política e ideológica que encierra. La legitimación como medida de la jurisdicción debe ser objeto de una inaplazable discusión y esclarecimiento por parte de filósofos del Derecho, especialistas en Derecho político, procesal, administrativo, etc...

15.-La evolución que en el siglo XIX sufren los diferentes tipos de procesos apuntan hacia una mayor adecuación de sus supuestos a las exigencias de la dignidad humana. La tendencia "natural",

sólo limitada en algunos casos por planteamientos políticos que se estiman erróneos, se orienta hacia tres fines explícitamente manifestados por sus reformadores: la rapidez, el equilibrio y la transparencia de las partes y las pretensiones, y la posibilidad de revisión de lo injustamente fallado.

16.-El proceso civil es el que antes se fija en sus actuales características: se puede afirmar que en este tipo de procesos influyen también los supuestos ideológicos que predominan en un momento determinado en la colectividad social. Esta constatación se ha comprobado al revisar aquellos principios procesales civiles que, de hecho, suponen una mayor accesibilidad de los particulares a la justicia. La rapidez, la onerosidad económica, la flexibilidad en los planteamientos de las pretensiones y sus pruebas, la facilidad o dificultad de ejercitar la acción y la revisión de los enjuiciamientos han caracterizado, a lo largo del siglo XIX, diferentes modos de concebir globalmente la justicia y los derechos.

17.-Puede decirse que el proceso penal es el que más preocupaciones ha suscitado durante todo el período que se ha estudiado. - También es el que más tarde ha encontrado una solución humana a las exigencias técnicas que planteaba. Las mejoras de este proceso no han venido por las medidas indirectas y las frecuentes exhortaciones a jueces y magistrados para que consideraran los altos intereses humanos que en él se ventilaban. Las que verdaderamente han cristalizado, y mejor han respondido a tales exigencias, son las que han planteado de modo global la organización de las diferentes instancias técnicas. Puede decirse que la introducción del sistema acusa

torio en sustitución del inquisitivo ha sido, en el siglo pasado, el más importante paso en la evolución del enjuiciamiento penal.

18.-El procedimiento que más ha tardado en adquirir un auténtico estilo de objetividad y eficacia -para el fin de la restauración de las situaciones o derechos injustamente alterados- ha sido el contencioso-administrativo. El siglo XIX acaba sin que los problemas que supone la ingerencia del ejecutivo en lo jurisdiccional reciban una solución eficaz. Alrededor de esta materia se han producido las más arduas discusiones y las más entorpecedoras "ideologías" con incidencia en la justicia y la objetividad del enjuiciamiento. Las distinciones entre jurisdicción delegada y jurisdicción retenida; la suspensión de las actuaciones administrativas impugnadas; la entrega de la ejecución de lo fallado a la discrecionalidad de una de las partes; las limitaciones en la iniciación de esta específica acción; han sido objeto de tempranas denuncias totalmente ineficaces. Si acaso, se ha puesto de relieve una regresión histórica en el régimen de esta jurisdicción y procedimiento.

19.-Con esta ocasión, se puede concluir cuál es el exacto sentido que debe darse a la acentuación de los caracteres políticos - del proceso. No se trata de construir doctrinal o legalmente un proceso sometido a las exigencias o necesidades de lo político, sino de señalar que lo procesal, en su autonomía y tecnicismo, tiene una decisiva influencia en la conformación de la sociedad. Y que - es por ello, por lo que el proceso debe asumir, sin desvirtuar las exigencias propias que como fenómeno antropológico plantea, los ideales y los valores en que vive, en un momento determinado, la socie

dad a la que sirve. No se trata de "politizar" el proceso, sino de ser conscientes de que el proceso tiene incidencia política y que con ello hay que contar para una correcta conformación técnica del mismo. La experiencia del siglo XIX nos confirma la exactitud de estos asertos, que por lo demás se han formulado a la vista de esta comprobación histórica.

20.-La misma experiencia histórica nos ha demostrado la frecuente mitificación del poder judicial, y el fenómeno -poco correcto, a nuestro entender de la extrapolación de la "santidad" de la función encomendada a la jurisdicción, a favor de los detentadores de esa función. Es la misión a que deben servir la que encierra en sí la "santidad" que la confiere la sociedad. Por ello, los principios organizativos del Poder judicial no son los indicadores de los límites de una posición de privilegio, como a veces se entienden, sino instrumentos que hacen más eficaz su misión. En definitiva, - la independencia, la aptitud, la predeterminación son los complementos orgánicos de aquellos otros principios examinados como específicos del proceso, y formulados para una mejor y más justo enjuiciamiento. Convertir estos principios en señales de identidad de un - estamento es el gran error en que a veces ha incidido alguna regulación sistemática en el siglo pasado, como el antejuicio, las incapacidades, prohibiciones, incompatibilidades etc.

21.-Por ello, podemos deducir de lo analizado en el correspondiente lugar de esta tesis, que la institución llamada "Jurado" no ha tenido, en el siglo XIX, los resultados que de él esperaban, con demasiado optimismo, sus valedores. Es más se ha comprobado que su

introducción en España se ha visto manipulada por sus "naturales" detractores, y que más que un instrumento de progreso ha constituido un desprestigio de la intervención popular en la Justicia. Así hemos observado como se favorecía más o menos veladamente su instauración por quienes, al tiempo, procuraban limitar los auténticos medios de acceso del pueblo a dichas funciones. Los medios utilizados a este propósito han sido múltiples: dificultad de ejercicio de acciones, exoneración de jurisdiccionalidad de multitud de materias, prohibiciones de revisión de determinados actos que para ese fin se califican de discrecionales, etc...

22.-Inversamente, el siglo XIX ha visto aparecer las más ilegítimas sustituciones del Poder enjuiciador común en favor de jurisdicciones de excepción. La más grave, la militar, apareció contra toda legalidad en virtud de una hipótesis Ordenanza militar y al amparo de puras situaciones de fuerza. Lo más chocante es que en esta materia, los mismos republicanos de 1.870 cayeron en la tentación de la "eficacia" y la "rapidez" en la prevención de los males sociales, haciendo suya la máxima moderada de que era necesario sacrificar la libertad y la justicia, en favor de una más dudosa "seguridad nacional", con violación incluso de las normas propias de la suspensión de garantías.

23.-Se puede afirmar que en el siglo XIX ha conocido en la teoría, en el ideal, e incluso en la práctica, una serie de elementos que, de no haber sido interrumpida su natural evolución, hubieran germinado en la sumisión del legislativo a la jurisdicción por infracciones constitucionales.

Junto con ello, pensamos que se ha podido demostrar la existencia de una doctrina legal y jurisprudencial que afirma la vigencia inmediata de la Constitución como norma perfecta y aplicable a casos y conflictos concretos, planteados entre los particulares, o entre el Estado y dichos particulares.

Coherentemente, puede descubrirse en España y en dos momentos de su historia jurídica, la existencia de una instancia jurisdiccional germinal, pero de caracteres no simplemente políticos, que conoce, enjuicia y decide específicamente las infracciones que los particulares, la Administración o los Jueces pueden cometer contra la Constitución de modo inapelable y definitivo, quedando siempre a salvo la posibilidad de ejercicio de la institución que, a la sazón, se conocía con el nombre de absolución de la instancia.

24.-En todo caso, la constante histórica de la situación privilegiada de la Administración no fué obstáculo en ese mismo momento para la admisión de una responsabilidad objetiva y no correspondiente a conducta penal ninguna, sino al simple riesgo del ejercicio del poder, y que se conoció como "indemnización por error judicial sin que medie dolo ó negligencia".

25.-En resumen: el siglo XIX fué una centuria de grandes esperanzas abiertas con la inapreciable obra de Cádiz, cuya potencialidad quedó agotada por mediaciones políticas de muy difícil justificación. Estas impidieron, el natural desarrollo de aquellos gérmenes que hubieran llevado, según se defiende en esta tesis, a la construcción de instituciones tan adelantadas a su tiempo como lo fué la Constitución de 1.812 para el suyo.

- .-AJA, Eliseo: Democracia y socialismo en el siglo XIX español. El pensamiento político de Fernando Garrido. Madrid, 1976, Edicusa.
- .-ALARCON CARACUEL, Manuel: El derecho de asociación obrera en España (1.839-1.900). Madrid, 1975 Ed. Rev. de Trabajo.
- .-ALCALA GALIANO, Antonio: Lecciones de Derecho Político Constitucional, Madrid, 1.843.
- .-ALCALA-ZAMORA CASTILLO, Niceto: La protección procesal internacional de los derechos humanos, Madrid, 1975, Civitas.
- .-ALMAGRO NOSETE, José: Justicia Constitucional. Madrid, 1.980.
- .-ARGUELLES, Agustín: Exámen histórico de la Reforma Constitucional que hicieron las Cortes generales y extraordinarias. 2. vols. Londres, 1.835 Imp. Wood.
- .-ARGUELLES, A.: La Reforma Constitucional de Cadiz, Madrid, 1970. Inter ediciones.
- .-ARTOLA, Miguel, La España de Fernando VII, Madrid, 1.968, Espasa Calpe.
- .-ARTOLA, Miguel, La Burguesia Revolucionaria, Madrid, 1.973, Alianza
- .-ARTOLA, Miguel,: Partidos y Programas políticos 1.808-1.936, 2 tomos, Madrid, 1.975, Aguilar.
- .-ARTOLA, Miguel: Los Orígenes de la España Contemporánea, Madrid, 1.976, Instituto Est. Políticos.
- .-ARTOLA, Miguel: Los Afrancesados, Madrid, 1976, Turner.
- .-ARTOLA, Miguel: El modelo constitucional español del siglo XIX. Madrid, 1.979, Fund. Juan March.
- .-ARRIAZU, Colectivo: Estudios sobre las Cortes de Cádiz. Pamplona. 1.977, (Marcial Pons). Universidad de Navarra.

- .-AYLLON. ALTOLAGUIRRE, Miguel: Proyecto de Constitución Democrático-Federal de la República Española. Madrid, 1.873.
- .-AYNES, J.R.: La Guerra de la Independencia en España, Madrid, - 1.975, Siglo XXI.
- .-AZCARATE, Gumersindo de: El "Self-Government" y la Monarquía - Doctrinaria, Madrid, 1.877
- .-BAELEN, Jean: Flora Tristan: Feminismo y Socialismo en el siglo XIX. Madrid, 1.973, Taurus.
- .-BERNAL, John D.: Ciencia e Industria, Siglo XIX. Barcelona. 1973 Martínez Roca.
- .-BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: Derecho Constitucional, Madrid, 1973, Tecnos.
- .-BONNIER, Eduardo: Tratado teórico y práctico de las puebas en Derecho civil y penal. Trad. Vicente y Caravantes., Madrid 1.869, Imp. Rev. Legislación (Fac. Derecho).
- .-BORRERO, Andrés: Historia de las Cortes de España....2 vols. Madrid 1.885.
- .-BULLON DE HEREDIA, A.: Bravo Murillo y su significación en la Política Española, Madrid, 1.950, Graf. Valera.
- .-BURDEAU, Georges: Traité de Science Politique. Tome Premier: Le Pouvoir Politique. Paris, 1.966, L.G.D.J.
- .-BURDEAU, Georges: Les libertés publiques, Paris, 1.972, Librairie General de Droit et de Jurisprudence.
- .-CACHO VIU, Vicente: La Institución de Enseñanza (I). Madrid, 1962 Rialp.
- .-CALAMANDREI, P.: Opere Giuridiche, Tomo III, Napoli, 1.968, Morano Editore.

- .-CAMERON, Rondo E.: Francia y el Desarrollo económico de Europa. Madrid, 1.971, Tecnos.
- .-CAMERON, Rondo E.: La Banca en las primeras etapas de la Industrialización, Madrid, 1974, Tecnos.
- .-CAMPOAMOR, Ramón, de: Historia crítica de las Cortes reformadas... Madrid, 1.845, Imp. Ural y Aguirre.
- .-CANOVAS CERVANTES, S.: Las Cortes de Cádiz, Madrid, 1930 Edt. del Norte.
- .-CAPPELLETTI, Mauro: Proceso, ideologías, sociedad, Buenos Aires, 1.974, Ed. Jurídicas Europa-América.
- .-CAPPELLETTI, Mauro: Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato. Milan 1975, Giuffré.
- .-CAPPELLETTI, Mauro: La giurisdizione costituzionale delle libertà, Milan, 1.976, Giuffré.
- .-CARR, Raymond: España, 1.808-1.939, Barcelona, 1.970, Ediciones Ariel.
- .-CARRO MARTINEZ, Antonio: La Constitución Española de 1.869. Madrid, 1.952 Ed. Cultura Hispánica.
- .-CASTELAR Y RIPOLL, E.: "Ideas democráticas la formula del progreso". Madrid, 1.858.
- .-CASAL DENIS, Emilio: Manual de Policía: Madrid, 1.904 Imp. Asilo Huérfanos . (Fac. Derecho).
- .-CASTRO, Adolfo: Cortes de Cádiz. Complementos de las Madrid, 1.973, Sen. Congreso de Diputados.
- .-CATALINAS, J.L. y ECHENAGUSIA, J.: La 1ª República. Reformismo y Revolución social. Madrid, 1.973, Alberto Corazón
- .-CHIAVARIO, Mario: Processo e garanzie della persona. Milano 1976, Giuffré Editore.

- 7
- .-CHRISTIANSEN E.: Te origins of military power in Spain. Oxford., 1.977.
 - .-CODIGO Penal de 1 de enero de 1.871, Madrid, 1.879. El Consultor de los Ayuntamientos.
 - .-COLECTIVO, LAS AMERICAS: Historia Iberica. Economía y Sociedad - en los siglos XVII y XIX. Nueva York, 1.973, Anaya.
 - .-COLECTIVO: Ensayos sobre la Economía Española a mediados del siglo XIX. Banco de España, Madrid, 1.970.
 - .-COLECTIVO: História social de España, Siglo XIX. Madrid, 1.972.- Guadiana.
 - .-COLECTIVO: Bases documentales de la España Contemporánea. Madrid, Guadiana.
 - .-COLECTIVO: Política y derechos humanos, Fernando Torres, Valencia
 - .-COLMEIRO, Manuel: Derecho Administrativo español: Dos tomos, Madrid, 1.865.
 - .-COMELLAS, J.L.: El Trienio Constitucional. Pamplona, 1.963 (Marcial Pons) Universidad de Navarra.
 - .-COMELLAS, J.L.: Los moderados en el poder, 1.844-1.854. Madrid, - 1.970. C.S.I.C. Escuela de Historia Moderna.
 - .-COS-GAYON, Fernando: Historia de la Administración pública de España, Madrid, 1.976, Inst. de Estudios Administrativos.
 - .-COSTA MARTINEZ, Joaquin: Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: Urgencia y modo de cambiarla. Madrid, 1.901. Tip. de Foctarelt.
 - .-CONSTANT, Benjamin: Curso de Política Constitucional. Trad. Marcial Antonio Lopez. Madrid, 1.820, Imp. de la Compañía (Facul. Derecho) Madrid, 1.968, Taurus.
 - .-CONSTANT, Benjamin, Principios de Política: Madrid, 1970, Aguilar.

- .-CRUZ VILLALON, Pedro: El Estado de sitio y la Constitución. Madrid, 1.980. Centro de Estudios Constitucionales.
- .-CUENCA, José Manuel: Iglesia y burguesía en la España liberal. - Madrid, 1.979, Edics. Pegaso.
- .-DECISIONES y sentencias del Consejo Real, del Tribunal Supremo - Contencioso-Administrativo y del Consejo de Estado. Nueve tomos. Madrid, 1.857 a 1.865, Revista de Legislación.
- .-DIAZ, : La filosofía social de Krdusismo Español. Madrid, 1.973. - Edicua.
- .-DIEZ DEL CORRAL, Luis: El liberalismo Doctrinario; Madrid, 1.956 Instituto de Estudios Políticos.
- .-DIZ-LOIS, M^a Cristina: El Manifiesto de 1.814, Pamplona, 1.967. Ediciones Universidad de Navarra S.A.
- .-DONOSO CORTES, Juan: Obras Completas. Ed. Carlos Valverde 2 vols. Madrid, 1.970. B.A.C.
- .-DORADO MONTERO, Pedro: El positivismo en la Ciencia jurídica y - social italiana, Madrid, 1.891, Imp. Rev. Legislación
- .-DORADO MONTERO: Problemas de Derecho Penal. 2. vols. Madrid, 1895.
- .-DUCHACEK, Ivo: Derechos y libertades en el mundo actual, Madrid, 1.976, I.E.P.
- .-DUROSELLE, J.B.: Europa de 1.815 hasta nuestros días. Barcelona 1.967, Labor
- .-EIRAS ROEL, A.: El partido demócrata español. Pamplona, 1.961. - (Marcial Pons). Universidad de Navarra.
- .-ESTEBAN, Jorde de (dir) GARCIA FERNANDEZ, Fco. Javier; ESPIN, Eduar do: Esquemas del constitucionalismo español 1.808-1.976. Madrid. 1.976. Facultad de Derecho Universidad Complutense.
- .-ESTEBAN, Jorge de (ed.): Constituciones españolas y extranjeras. 2. tomos, Madrid, 1.977. Taurus.

- .-FAIREN GUILLEN, V.: Temas del ordenamiento procesal. 2 tomos, Madrid, 1.969. Ed. Tecnos.
- .-FAIREN GUILLEN, V.: Estudios de Derecho procesal: Madrid, 1.955. Rev. Derecho Privado.
- .-FAIREN GUILLEN, V.: Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo, Méjico, 1.971. U.N.A.M.
- .-FAIREN GUILLEN, V.: Los Tribunales de Jurados en la Constitución española de 1.978. Madrid, 1.979. Cuadernos Civitas.
- .-FAIRE de l'histoire, edit. J. Le Goff et P. Nova, Paris, 1974, Gallinard.
- .-FERNANDEZ, Tomás R.; SANTAMARIA, Juan Alfonso: Legislación Administrativa Española del siglo XIX, Madrid, 1.977. Inst. de Estudios Administrativos.
- .-FERNANDEZ ALMAGRO, H.: Cánovas, su vida y su política. Madrid, - 1.951. Ambos Mundos.
- .-FERNANDEZ ALMAGRO, H.: Historia Política de la España Contemporánea. Madrid, 1.972. Alianza Edit.
- .-FERNANDEZ ALMAGRO, M.: Orígenes del régimen constitucional en España. Barcelona, 1.976 (1ª ed.: Barcelona, 1.926), Labor.
- .-FERNANDEZ BASTARRECHE, Fernando: El ejercito español en el siglo XIX. Madrid, 1.978. Siglo XXI.
- .-FERNANDEZ MARTIN, M. de: Derecho Parlamentario Español. 3. vols Madrid, 1.885, Imp. de J.A. Garcia
- .-FERNANDEZ DE LOS RIOS, Angel: Muñoz Torrero y su época. Madrid, - 1.864.
- .-FERNANDEZ SEGADO, Francisco: El estado de excepción en el derecho constitucional español. E. Derecho Privado. Madrid, 1.978
- .-FERNANDEZ DE VELASCO y CALVO, Recaredo: La acción popular en el Derecho administrativo. Madrid, 1.920. Rev. Leg. y Jurisprudencia Tomo XX.

- .-FERRANDO, J.: La Constitución española de 1.812 en los comienzos del "Risorgimento". Madrid, 1.959. C.S.I.C.
- .-FERRANDO, J.: Historia Politico-Parlamentaria de la República de 1.873. Madrid, 1.973.
- .-FERRANDO, J.: La Primera República Española. Madrid, 1.974, Edicusa.
- .-FERRER SAMA, Antonio: Comentarios al Código Penal, Tomo IV. Madrid, 1.956, Estados.
- .-FIESTAS LOZA, Alicia: Los delitos políticos (1.808-1.936). Salamanca, 1.977
- .-FILANGIERI, Caietano: Ciencia de la legislación. 6. vols. Madrid, 1.821. Imp. de Villalpando
- .-FLOREZ ESTRADA, A.: Constitución de la Nación Española...Birmingham, 1.810.
- .-FLOREZ ESTRADA, A.: Introducción a la historia de la Revolución en España, Londres, 1.810.
- .-FOGARTY, M.P.: Historia e ideología de la democracia cristiana en la Europa Occidental. Madrid, 1.964, Tecnos.
- .-FONTANA, Josep: Cambio económico y aptitudes políticas en la España del siglo XIX. Barcelona, 1.973, Ariel.
- .-FONTANA, Josep: La Quiebra de la Monarquía Absoluta. Barcelona.- 1.978.
- .-FONTANA, Josep: Hacienda y Estado en la crisis final del antiguo régimen. Madrid, 1.973. I. Est. Fiscales.
- .-FRIEDRICH, C.J.: La democracia como forma política y como forma de vida. Madrid, 1.966. Tecnos.
- .-FRIEDRICH, C.J.: Gobierno Constitucional y Democracia, 2. vols.- Madrid, 1.975, Inst. Est. Políticos.

- .-GARCIA DE ENTERRIA, Ed.: Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial. Madrid, 1.970. Tecnos.
- .-GARCIA DE ENTERRIA, E: La lucha contra las inmunidades del poder. Madrid, 1974, Cuadernos Civitas.
- .-GARCIA DE ENTERRIA, E; FERNANDEZ, T.R.: Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1977, Civitas.
- .-GARCIA GOYENA, Florencio: Febrero o libería de jueces, Abogados y Escribanos, 12 vols. Madrid, 1.852, Garpen y Roig.
- .-GARCIA GOYENA, Francisco: Concordancias, motivos y comentarios - del Código Civil Español. Madrid, 1,852.
- .-GARCIA RUIZ, Eugenio: Historia de la Internacional y el Federalismo en España, Madrid, 1.872, Imp. Española
- .-GARCIA RUIZ, J.Luis: El recurso de amparo en el Derecho español. Madrid, 1.980. Editora Nacional.
- .-GARCIA SANMIGUEL, Luis: De la Sociedad Aristocrática a la Sociedad Industrial en la España del siglo XIX. Madrid, 1.973, Edicusa.
- .-GARCIA SANMIGUEL: De la Sociedad Aristocrática a la Sociedad Industrial en la España del Siglo XIX. Madrid, 1.973, Edicusa.
- .-GARCIA VENERO, Maximiano: Historia del Parlamentarismo Español.- Madrid, 1.946, I.E. Políticos.
- .-GARRORENA MORALES, Angel: El Ateneo de Madrid y la teoría de la Monarquía liberal (1.836-1.847). Madrid, 1.974, Inst. Est. Pol.
- .-GEBMART, Victor: História general de España y de sus hidias....- 6 tomos. Barcelona, 1.863.
- .-GIL CREMADAES, Juan José: El Reformismo Español; Barcelona, 1.979 Ariel.
- .-GIL NOVALES, Alberto: Las sociedades patrióticas (1.820-1.823).- Las libertades de expresión y reunión en el origen de los partidos políticos, 2 vols. Madrid, 1.975, Tecnos.

- .-GODECHOT, Jacques: Les Constitutions de la France depuis 1.789.
Paris, 1.970, Garnier-Flammarion.
- .-GOMEZ Y NEGRO, Lucas: Elementos de Práctica Forense, Valladolid-
1.830. Imp. M. de Santander.
- .-GOMEZ ORBANEJA, E.: El ejercicio de los derechos, Madrid, 1.975.
Cuadernos Civitas.
- .-GOMEZ-REINO y CARNOTA, Enrique: Aproximación histórica al derecho
de imprenta y de la prensa en España (1.480-1.966). Madrid, 1971
- .-GOMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel: Elementos del
Derecho Civil y Penal de España, 3 tomos, Madrid, 1.851. Impr. Cía
Impresores y Libreros.
- .-GONZALEZ DELEITO DOMINGO, Nicolás: Tribunales Constitucionales,-
Organización y Funcionamiento. Madrid, 1.980. Tecnos.
- .-GONZALEZ MUÑIZ, A.J.: Constituciones, Cortes y Elecciones Español-
as Historia y anécdota (1.810-1.936). Madrid, 1.978, Júcar.
- .-GOROSTIZA, M.E.de: Castilla Política; Londres, 1.873.
- .-GRACIA HERNANDEZ: Nociones Teórico-prácticas de toda clase de pro-
cedimientos judiciales, Justicia Militar. Madrid, 1.880 Imp. Alfon-
so Roderó.
- .-GROIZARO, A y GOMEZ DE LA SERNA, P.: Código Penal de 1.870 con-
cordado y comentado. Burgos, 1.870. Imp. T. Arnáiz.
- .-GUINEA, José Luis: Los movimientos obreros y sindicales en España
de 1.833- a 1.978. Madrid, 1.978. Iberico Europeo de Ediciones.
- .-HENNESSY, C.A.M.: La República Federal en España, Pi y Margall y
el movimiento republicano federal, 1.868-74. Madrid, 1.966, Agui-
lar.
- .-HEREDIA-SORIANO, Antonio: La Filosofía "oficial" en la España del
siglo XIX. Madrid, 1.972. Nº del Escorial.

- .-HISTOIRE politique et histoire des idées (XVIIIe-XIXe siècles).
Paris, 1.976. Les Belles Lettres.
- .-HOFFMANN, L.F.: Romantique Espagne, l'image de L'Espagne en France Entre 1.800- y 1.850. Paris, 1.961, Princenton.
- .-JANKE, P.: Mendizábal y la Introducción de la Monarquía Constitucional en España (1.790-1.853). Madrid, 1.974. Siglo XXI.
- .-JIMENEZ FRAUD, Alberto: Valera y la Generación 1.868. Madrid, 1973 Taurus.
- .-JIMENEZ DE GREGORIO, Fdo.: Estado de la opinión española en punto a la Reforma Constitucional. Madrid, 1.936
- .-JOVER, José M^{te}: El Siglo XIX en España. Doce Estudios en la Historia española contemporánea.., Barcelona, 1.974, Planeta.
- .-JOVELLANOS, G.M.: Memorias en que se rebaten las calumnias divulgadas contra los individuos de la Junta Central. La Coruña, 1.811.
- .-JUNTAS Revolucionarias. Manifiestos y proclamas de 1.868. (Selecc. Valeriano BOZAL), Madrid, 1.968, Edicusa.
- .-JURETSCHKE, Hans: Vida, Obra y Pensamiento de Alberto Lista. Madrid, 1.951. C.S.I.C. Esc. Hist^a. Moderna.
- .-JURETSCHKE, Hans: Los Afrancesados en la Guerra de la Independencia. Madrid, 1.962, Rialp.
- .-JUTGLAR, Federalismo y Revolución. Barcelona, 1.966, Cátedra H^a. Moderna.
- .-JUTGLAR BERNAUS, A.: El Constitucionalismo Revolucionario de Pi y Margall. Madrid, 1.970. Taurus.
- .-JUTGLAR, Antoni: Pi y Margall y el Federalismo Español. Barcelona 1.975, Taurus.
- .-KELSEN, Hans: Teoría general del Derecho y del Estado, 2^a edic. 2^a reimpresión. Méjico, 1.979. U.N.A.M.

- .-KIERNAN, V.G.: La revolución de 1.854 en España. Madrid, 1.970.- Aguilar.
- .-KIECHUN, H. François: La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VII à 1.873.(Etude de Jurisprudence). Paris, - 1.957, L.G.D.J.
- .-LACOMBA, José Antonio: La I República. El trasfondo de una revolución Fallida, Madrid, 1.973. Guadiana.
- .-LAFUENTE, Modesto: Historia general de España desde los tiempos primitivos hasta la muerte de Fernando VII. cont. Juan Valera. Andrés Borrego y Antonio Pirala. Barcelona 1.887-1.980. Montaner y Simón.
- .-LA FUENTE, Vicente: Historia de las Sociedades Secretas antiguas y modernas. Barcelona, 1.933. Prensa Católica.
- .-LANDON, Pierre: Histoire abrégée du recours par excés de pouvoir des origines à 1.954. Paris, 1.962, L.G.D.J.
- .-LASSO GAITE, Juan Fco.: Crónica de la Codificación Española. 1.- Organización Judicial. Madrid, 1.970. 2.-Procedimiento Civil. Madrid, 1.972. 3.-Procedimiento penal, Madrid, 1.975. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación.
- .-LASTRES, Francisco: Procedimientos civiles y criminales. Madrid. 1.887. Victoriano Suárez.
- .-LAZARO DE DOU, Ramón: Instituciones del Derecho público general de España con noticia particular....Madrid, 1.800-1.803. Impr. - Benito Garcia.
- .-LEGUINA VILLA, Jesús: La responsabilidad civil de la administración pública. Madrid, 1.970. Tecnos.
- .-LEY de Enjuiciamiento Civil de 1.855. 2ª edición. Madrid, 1.855. Impr. Ministerio de Gracia y Justicia.

- .-LIDA, Clara E.; ZAVALA, Cris M.: La Revolución de 1.968, New York. 1.970.
- .-LIDA, Clara E.: Anarquismo y Revolución en la España del Siglo XIX. Madrid, 1.972, Siglo XXI.
- .-LOEWENSTEW, Karl: Teoría de la Constitución. Barcelona, 1.965. Ariel.
- .-LOPEZ CORDON, Ma Victoria: La revolución de 1.868 y la I. República. Madrid, 1.976, Siglo XXI.
- .-LUCAS VERDU, Pablo: La lucha por el estado de Derecho. Bolonia - 1.975. Real Colegio de España.
- .-LLORCA, Carmen: Emilio Castelar Precursor de la Democracia Cristiana. Madrid, 1.966, Biblioteca Nueva.
- .-LLORENS CASTILLO, Vicente: Liberales y Romanticos: Una Emigración Española en Inglaterra. México, 1.954, F.C.E.
- .-MACAREL, L.A.: Elementos de Derecho Público y Político. Trad. de Felix Enciso, Madrid, 1.838, Imp. Yenes.
- .-MAINER, José Carlos: Aragonesismo Político; Sistema nº 8.
- .-MALATESTA, Nicolás: Lógica de las pruebas en materia criminal. Madrid, s.a.; España Moderna.
- .-MARAVALL, José Antonio: El pensamiento político español a comienzos del Siglo XIX. Rep. (81). 1.955.
- .-MARICHAL, Carlos: La revolución liberal y los primeros partidos políticos en España 1.834-1.844. Madrid, 1.980, Cátedra.
- .-MARITAIN, Jacques y otros: Los derechos del hombre. Barcelona - 1.975, Editorial Laia, S.A.
- .-MARRAST, Robert: José de Espronceda et son temp. Literature, société et Politique au temps du romantisme. Paris, 1.974. Klincksieck.

- .-MARTIN REBOLLO, Luis: El proceso de elaboración de la ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1.888. Madrid, 1.975, Inst. de Estudios Administrativos.
- .-MARTINEZ ALCUBILLA, Marcelo: Diccionario de la Administración Española, 5ª ed. Madrid, 1.892.
- .-MARTINEZ CUADRADO, M: Elecciones y partidos políticos en España. Madrid, 1.969, Taurus.
- .-MARTINEZ CUADRADO, M.: La Burguesía Conservadora, Madrid, 1.974. Alianza.
- .-MARTINEZ DE LA ROSA F.: La Revolución actual de España, Madrid, -1.812.
- .-MARTINEZ DE LA ROSA, Fco.: Obras de Derecho. Ed. Carlos Seco. Madrid, 1.970. Atlas, Biblioteca de Autores Españoles.
- .-MARTINEZ SOSPEDRA, Manuel: La Constitución de 1.812 y el primer liberalismo español. Madrid, 1.978, Cátedra F. Furió.
- .-MARTINEZ DE VELASCO, A.: La Formación de la Junta Central. Universidad de Navarra, Pamplona, 1.972.
- .-MITTERMAIER, C.J.A.: Tratado de la prueba en materia criminal. Madrid, 1.857. Imp. Rev. Legislación.
- .-MONTERO AROCA, Juan: Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso; 2ª edición. Madrid, 1.979. Editorial Tecnos, S.A.
- .-MORAL, Joaquín del: Las Sociedades Secretas Ultrarealistas de España y Portugal. Sistema Nº.8.
- .-MORENO ALONSO, Manuel: Historiografía romántica española. Sevilla 1.979. Universidad de Sevilla.
- .-MORAYTA, Miguel: Las Constituciones de la República Española. París, 1.909

- .-NADAL, J.: El Fracaso de la Revolución Industrial en España. Barcelona, 1.977. Ariel
- .-NOGUES SECALL, Mariano: Tratado de práctica forense novísima según la ley de Enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1.855. Madrid, 1.856,
- .-OLIVA SANTOS, Andres de la: Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de justicia: derechos básicos. Barcelona, 1.980. Bosch.
- .-OLTRA, J.: La Influencia Norteamericana en la Constitución Española en 1.869. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1972.
- .-ORODEA, Plácido: Elementos de Derecho Político Constitucional. - Madrid, 1.843. Impr. de Pita.
- .-ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel: Elementos de Derecho Administrativo. 3-tomos, 2 vols. Granada, 1.842. Impr. y Libr. de Sanz.
- ✓ .-PACHECO, Francisco de Asis: La ley del Jurado, Prof. Manuel Alonso-Martínez. Madrid, 1.888. Imp. Rev. Legislación.
- .-PACHECO, Joaquín Fco.: Estudios de Legislación y Jurisprudencia. - Madrid, 1.843. Imp. Vda. Jordán.
- .-PACHECO, Joaquín Fco.: Lecciones de Derecho político constitucional. pronunciadas en el Ateneo de Madrid. Madrid. 1.845.
- .-PACHECO, Joaquín, Fco.: Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1.839-1840. 5ª edición. Madrid, 1.887. Impr. Manuel Tello.
- .-PALACIO ATARD, Vicente: La España del siglo XIX. Madrid, 1978. Espasa Calpe.
- .-PASO y DELGADO: Exposición histórico-exegética de la teoría de los procedimientos contencioso-administrativo. Madrid, 1.889

- .-PECES BARBA: Derechos Fundamentales I. Teoría general. Madrid, - 1.973 (1ª ed.). Madrid, 1.976 (2ª ed.). Guadiana.
- .-PECES BARBA, Gregorio: Libertad, poder, socialismo. Madrid, 1978. Editorial Civitas. S.A.
- .-PEGENAUTE, Pedro: Represión política en el reinado de Fernando VII: Las Comisiones Militares: 1.824-1825. Pamplona, 1.974. Universidad de Navarra.
- .-PEREZ LUÑO, Antonio (dir.); CASCAJO CASTRO, José Luis; CASTRO CID, Benito; GOMEZ TORRES, Carmelo: Los derechos humanos. Significación; estatuto jurídico y sistema. Sevilla, 1.979. Anales de la Universidad Hispalense.
- .-PERIS, Manuel: Juez, Estado y Derechos humanos: Valencia, 1.976, Fernando Torres.
- .-PESET, Mariano y J.Luis: La Universidad Española. (Siglos XVIII y XIX). Madrid, 1.974, Turus.
- .-PETSCHEN, Santiago: Iglesia-Estado. Un cambio político. Las Constituyentes de 1.869. Madrid, 1.974. Taurus.
- .-PI Y MARGALL, F.: La República en 1.873. Apuntes. Buenos Aires, - 1.874.
- .-PI Y MARGALL, F.; y PI ARSUAGA: Historia de España en siglo XIX. Barcelona, 1.902.
- .-PIRENNE, H.: La Sainte Alliance, Neuchatel, 1.946-49.
- .-PIZAN, Manuel: Los Hegelianos en España, Madrid, 1.974. Edicusa.
- .-PONS y UMBERT: Lecturas Constitucionales en la España del Siglo XIX. Madrid, 1.933.
- .-POSADA, Adolfo: Tratado de Derecho Político 2. vols. Madrid, 1893 -1.894.

- .-PREDIERI, Alberto y GARCIA DE ENTERRIA, E.: La Constitución española de 1.978. Madrid, 1.981. Editorial Civitas.
- .-PRIETO CASTRO, L.: Manual de Derecho Procesal Civil. 2 tomos. Madrid, 1.959.
- .-PROUDHON: El Principio Federativo. Madrid, 1.977. Editora Nacional.
- .-PUEBLA, Agustín: Las Audiencias de lo Criminal. Estudios...Madrid 1.885. Impr. Hijos. S.A. Garcia.
- .-RAMOS, C.: Don Agustín Argüelles, su Intervención en las Cortes de Cádiz. Madrid, 1.913.
- .-RAMOS MENDEZ, F.: Derecho y proceso. Barcelona, 1.978. Libreria - Bosch.
- .-RENE Canin ⁶⁶ Amicorum Discipulorumque Liber. Tomo III. Paris, Pedone.
- .-RENOUVOIR, Pierre: Historia de las Relaciones Internacionales el siglo XIX. Madrid, Aguilar.
- .-REVESZ, Andrés: Un Dictador Liberal: Narvaez. Madrid, 1953. Aguilar.
- .-RICO Y AMAT, J.: Historia política y parlamentaria de España. Madrid, 1.862. Impr. Escuelas Pías.
- .-RIOS, Juan Miguel de los: Derecho Político General Español y Europeo. 3 tomos. Madrid, 1.845. Ignacio Boix.
- .-RIVAS SANTIAGO, Natalic: Políticos, Gobernantes y otras figuras españolas. Madrid, 1.933.
- .-RIVERO, Luis Fdo.: Lección de Política. Paris 1.827.
- .-ROBERT, Jacques: Libertés publiques. Paris, 1.971, Editions Montchrestien.
- .-RODRIGUEZ DE CEPEDA, Antonio: Elementos de D^o Público español. Valencia, 1.842. Imprenta de Lopez y Cie.

- .-RODRIGUEZ RAMOS, Luis: Libertades cívicas y Derecho Penal. Madrid 1.975. Tecnos.
- .-ROMERO DE SOLIS, Pedro: La Población Española en los siglos XVIII y XIX. Madrid, 1.973. Siglo XXI.
- .-RUGGIERO, Historia del Liberalismo Europeo. Madrid, 1.944. Pegaso.
- .-SAINZ DE VARANDA, Colección de Leyes Fundamentales. Universidad - de Zaragoza, Zaragoza, 1.957.
- .-SALAS Ramón: Lecciones de Derecho Público Constitucional. Madrid. 1.821. Imprenta del Censor.
- .-SANCHEZ AGESTA, Luis: Historia del constitucionalismo español. Madrid, 1.974. Inst. Est. Pol.
- .-SANMIGUEL, Evaristo. Vida de....Argüelles. Madrid. 1.851-54.
- .-SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso: Sobre la Genesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX. (1.812-1.845). Sevilla 1973.
- .-SANTAMARIA DE PAREDES, Vicente: Curso de Derecho Administrativo.- 3ª edición. Madrid, 1.891. Ricardo Fé.
- .-SANZ CID, Carlos: La Constitución de Bayona. Madrid. 1.922. Edit. Reus.
- .-SANZ DE DIEGO, Rafael: Medio siglo de relaciones Iglesia-Estado.- (1.811-1.898). Madrid, 1.969. Univ . Pont. de Comillas.
- .-SARDA, Juan: Política Monetaria y las fluctuaciones de la economía española en el XIX. Madrid. 1.970. Ariel.
- .-SECO SERRANO, Carlos: Cartas, Comunicaciones y Circulares, III. Consejo Federal de la Región. Facultad de Filosofía y Letras. Barcelona, 1.972.
- .-SECO SERRANO, Carlos: Actas, Consejos y Comisión Federal de la Región Española. Facultad de Filosofía y Letras. Barcelona.

- .-SEIJAS LOZANO, Manuel: Teoría de las instituciones judiciales...
Madrid, 1.841. Impr. Vda. Calleja.
- .-SEOANE, M^a Cruz: El Primer Lenguaje Constitucional Español (Las -
Cortes de Cádiz). Moneda y Crédito. Madrid, 1.967.
- .-SEOANE, M^a Cruz: Oratoria y periodismo en la España del siglo XIX.
Madrid, 1.977. Fund. Juan March. Cartolia.
- .-SEVILLA ANDRES, Diego: La Constitución Española en 1.912 y la Fran-
cesa del 91. Saltabi. 1.949, IX.
- .-SEVILLA ANDRES, Diego: Constituciones y otras Leyes y Proyectos Po-
líticos de España. 2 vols. Madrid, 1.969. Editora Nacional.
- .-SEVILLA ANDRES, Diego: História Política de la España Contemporánea.
Madrid, 1.974. (Marcial Pons) Editora Nacional.
- .-SIMON SEGURA, Francisco: La Desamortización Española del Siglo XIX.
Ministerio de Hacienda. Madrid. 1.973.
- .-SIMON, Francisco: La Desamortización Española del Siglo XIX. Inst.
Est. Fiscales. Madrid, 1.973.
- .-SOLDEVILLA, Ferrán: História de España. T.VI. Barcelona, 1.963. -
Ariel.
- .-SOLE-TURA, J: Catalanismo y Revolución Burguesa. Madrid, 1974. Edi-
cusa.
- .-SOLE-TURA, J. y AJA, E.: Constituciones y periodos constituyentes
en España (1.808-1.936). Madrid, 1.979. Siglo XXI.
- .-SUAREZ, Federico: La Crisis Política del Antiguo Régimen en España.
Madrid, 1.950. Rialp.
- .-SUAREZ, Federico: Actas de la Comisión de Constitución (1.811-1.813)
Madrid, 1.976. I.E. Pol.
- .-TAPIA, Eugenio: Febrero novísimo o librería de jueces.... 10. vols
Valencia. 1.831-1.837. Mompie de Monteagudo.

- 10
L. -TXANERA, Luciano de: ^{EXTRA} Gonzalez Bravo y su esposa: Barcelona, 1.941
Ed. Juventud.
- .-TERMES, J.: Anarquismo y Sindicalismo en España, Barcelona 1.972.
Ariel
- .-TIERNO GALVAN, E. (dir). Actas de las Cortes de Cádiz. Antología.
2. tomos. Madrid, 1.964. Taurus.
- .-TIERNO GALVAN, E.: Leyes Políticas Españolas Fundamentales (1.808
-1.936). Madrid, 1.972. Ed. Tecnos.
- .-TOMAS VILLARROYA, Joaquín: El sistema político del Estatuto Real
(1.834-1.836). Madrid, 1.968. Inst. Est. Pol.
- .-TORRES CAMPOS, Bibliografía española contemporánea del Derecho y
de la política, 1.800-1.880. Madrid, 1.883.
- .-TORTELLA, Gabriel: Los Orígenes del Capitalismo en España. Madrid,
1.973. Tecnos.
- X. -TRENQ: The Origins of Modern Spain. Cambridge. 1.934.
- .-TRUJILLO, Gumersindo: El Federalismo Español. Madrid, 1.967. Edicu
sa.
- .-TUÑÓN DE LARA, Manuel: Metodología de la Historia Social de España
Madrid, Siglo XXI.
- .-TUÑÓN DE LARA, M. ELORZA, PEREZ LEDESMA: Prensa y Sociedad en Es-
paña (1.820-1836). Madrid, 1.975. Edicusa.
- .-TUÑÓN DE LARA, M.: La España del Siglo XIX. Club del Libro Español
Paris, 1.968. Laia, Barcelona, 1.976.
- .-TUÑÓN DE LARA, Manuel: Estudios sobre el siglo XIX. Madrid, 1.971.
Siglo XXI.
- .-TUÑÓN DE LARA, Manuel: El Movimiento obrero en la Historia de Espa-
ña. Madrid, 1.972. Taurus.

- .-TUÑÓN DE LARA Y OTROS: Sociedad, Política y Cultura. Madrid, 1973; Edicusa.
- .-VARELA FEIJÓO, J.: La protección de los derechos humanos: Barcelona, 1.972. Hispano-Europa.
- .-VEGA, Pedro de (dir.): Teoría y práctica de los partidos políticos. Madrid, 1.977, Edicusa.
- .-VERLANGA y HUERTA, Fermín: Procedimientos en materia criminal. Madrid, 1.842. Imp. Rios.
- .-VICENS VIVES, J.: Historia de España y América. T.V., Vicens Vives. Barcelona. 1.961.
- .-VICENS VIVES, J.: Manual de Historia económica de España. Vicens Vives. Barcelona, 1.965.
- .-VICENS VIVES, J.: Cataluña en el siglo XIX. Vicens Vives. Madrid. 1.961.
- .-VICENTE Y CARAVANTES, José de: Nuevo manual de práctica forense. Madrid, 1.842. Imp. Omaña.
- .-VICENTE Y CARAVANTES, José de: Tratado histórico crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil. 3.vols, Madrid, 1.856-1.858. Gaspar y Roig.
- .-VILAR, Juan Bautista: Bases sociales y económicas del Canton Murciano, Madrid, 1.976. Castellote.
- .-VIZCAINO PEREZ, Vicente: Tratado de la jurisdicción ordinaria para la dirección y guía de los Alcaldes de los pueblos de España. Estudio de S.A. Santamaría Pastor. Madrid, 1.979. Inst. de Estudios Administrativos.
- .-XIMENEZ DE SANDOVAL, F.: Antonio Alcalá Galiano: Madrid, 1.948. Espasa Calpe.

- .-ZAVALA, I.M.: Romanticos y Socialistas. Siglo XXI. Madrid, 1.972.
- .-ZAGREBELSKY, Gustavo.: La giustizia costituzionale. Bolonia, 1.977.
- Il Mulino.

